LAW LIBRARY

FL6
S8398e
1920

Sammlung Göschen

Einführung in die Rechtswissenschaft

Von

Dr. Theodor Sternberg
in Berlin

Erster Teil

Methoden- und Quellenlehre

Zweite, neugestaltete Auflage

Neudruck

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY.

Berlin und Leipzig
Vereinigung wissenschaftlicher Verleger
Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.
1920

Z/4/2 c. Brandt

Inhalt[1].

Einleitung.

§ 1. Wesen und Funktion des Rechts.

Seite

1. Recht und Rechtswissenschaft 13
2. Das Recht als Interessenschutz 13
3. Übersicht der Rechtswissenschaft 14

   Gesetzgebende, geschichtliche und „positive" Rechtswissenschaft. Naturrechtswissenschaft; der Naturrechtsglaube und seine Widerlegung. — Die Rechtsphilosophie.

4. Das Recht als Klasse der Normen. (Recht und Wahlnormen.) 18

   Die psychologische Eigenart des Rechts. Rechtfertigung des Rechts. Widerlegung des Anarchismus. („Edelanarchisten".)

5. Friedewirkung und Gerechtigkeitswirkung im Recht . 19

   Öffentliches und Privatrecht. Formelles und materielles Recht.

§ 2. Das Gelten des Rechts und seine Gründe. (Lehre von den Rechtsquellen.)

1. Die Anerkennung (Richtigkeitsüberzeugung) als gemeinsame Quelle der sozialen Normen 21

   Begriff des Geltens. (Gelten und Zwangsbewußtsein; echte Norm und Naturgesetz.) Die Frage nach dem Grunde des Geltens. Die Anerkennung. Positivität aller sozialen Normen. Ihre Entdeckung. Frühere Irrtümer: Die Naturrechtslehre und ihre geschichtliche Überwindung. (Göttliches Recht u. Vernunftrecht. Von Grotius zu Kant u. Hugo.) Der historische Charakter der Normen im allgemeinen u. des Rechts im besonderen. (Die sozialen Probleme.)

---

[1] Über das Verhältnis dieser Auflage zu der ersten ausführlich Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie V (1911) Heft 2.

Seite

2. Die Rechtsquellen 24
Gebundenes Recht und Ermessensrecht. Die Rechtsquellen (Manifestationsfaktoren des gebundenen Rechts.) Gewohnheitsrecht, gesetztes Recht (Gesetzesrecht und Vereinbarungsrecht) und Rechtsfallrecht. Die rationalistische (romanisch-kontinentale) und die empiristische (römisch-englische) Quellentheorie.

3. Die Rechtsgeschichte 29
Juristischer und historischer Quellenbegriff. Historische und systematische Jurisprudenz. Allgemeine und besondere Quellen der Rechtsgeschichte. Wert der Rechtsgeschichte.

4. Übersicht der Methodenlehre (im vorliegenden Buche). 31

I. Buch.

Das Recht in seiner geschichtlichen Erscheinung.

Erster Abschnitt.

§ 3. Entstehung und Entwicklung des Rechts.

1. Naturrechtliche Theorie. Theologische Auffassung . . 33
(Ältere christliche Anschauung nach Augustin.)

2. Naturrechtliche Theorie. Rationale Auffassung . . . 33
Das bellum omnium contra omnes. Willkürliche Schöpfung des Rechts durch „Erfindung" und Errichtung rechtlicher Institutionen durch „contrat social" usw.

3. Historische (moderne) Theorie. Entwicklung der Normen 34
Empirische und kritische Basis der modernen Theorie. Differenzierung der Normen. — Scheidung von Selbsthilfe und Rechtsgang; anfängliche Prävalenz des Strafrechts. Differenzierung von formellem und materiellem Recht.

4. Die Form im Recht 47
Der Formalismus. Ästhetisch-symbolischer oder Sittenformalismus; logischer oder Rechtsformalismus. — Die Formel; Form-Formel und Formular-Formel. — Form und Formel im modernen Recht.

5. Entwicklung der gesellschaftlichen Verfassung 50
a) Übersicht. b) Horde u. Gruppe. Totemismus, Animismus. c) Stammesverband. d) Völkerschaften. Synoikismen. Staatsbildungen. Entwickelung zum nationalen Staat und noch umfassenderen Verbänden. e) Differenzierung u. Synthese in der Bildung der Verbände. f) Politische Verfassung der Verbände im besonderen. (Gräko-Italiker. Germanen. — Lehnssystem.) g) Rechtserzeugung u. Gerichtsverfassung. Insbes. Volksrecht u. Amtsrecht.

Seite

Zweiter Abschnitt.

Entwicklung des Rechts der zivilisierten Welt.

(Römische und deutsche Rechtsgeschichte.)

§ 4. Römische Rechtsgeschichte.

1. Entwicklungszustand des alten römischen Rechts . . . 60

Staat u. Verwaltung. Prozeß. Privatrecht: (Sachenrecht: Privateigentum: Prekarien am ager publicus. Prädialservituten. Das Faustpfand als fiducia. — Schuldrecht. — Familienrecht. Patria potestas. — Erbrecht.) — Altertümliches Strafrecht.

2. Die Fortentwicklung (insbesondere unter dem Einfluß des ius honorarium) 63

Privatrecht: Ausgestaltung des Pfandrechts (pignus und hypotheca) und der Dienstbarkeiten. Die obligatorischen Rechtsgeschäfte. Neugestaltung des Familien- und Erbrechts.

3. Die Kaiserzeit und das römische Recht als Weltrecht 64

Quellen: leges, plebiscita, senatus consulta, placita principum, edicta magistratuum, responsa prudentium. — Die römische Jurisprudenz. — Die Kodifikation. — Rechtsbuch des Theodosius. — Rechtsbuch des Justinian (corpus iuris civilis) (Kodex, Pandekten, Institutionen, Novellen). Justinianeische Studienordnung. — Staat u. Verwaltung. — Prozeß (extraordinaria cognitio); Schriftlichkeit und Instanzenzug.

4. Zertrümmerung des röm. Reichs, Fortleben des röm. Rechts 68

Deutsche Rechtsgeschichte.

§ 5. Urzeit und fränkische Zeit.

1. Urzeit 69

Insbesondere Verfassung und Grundeigentum.

2. Fränkische Zeit 69

Römer und Germanen beim Untergang der antiken Welt. — Die Quellen: Volksrechte. Römische Vulgarrechte u. leges barbarorum. Westgotenrecht. Langobardenrecht. Frankenrecht (nebst dem königlichen Amtsrecht). Burgundenrecht. Sonstige. — Staat u. Verwaltung, insbesondere Gericht u. Heer. Differenzierung der Stände. Insbesondere die Ministerialen. Entstehung des Lehnswesens. — Das Privatrecht, insbesondere Entwickelung des privaten Grundeigentums.

Seite

§ 6. Das Mittelalter.

1. Allgemeine Charakteristik. Rechtszersplitterung. Aufkommen des Territorialprinzips gegen das Personalprinzip. Volksrecht und Landrecht usw. Die Quellen im allgemeinen 74

2. Die Quellen im besonderen 75

Lehnrecht. — Sonstige personale Sonderrechte: a) Dienstrecht. b) Hofrecht. — Aufzeichnung der Lehnrechtsquellen: libri feudorum. — Rechtsbücher: Sachsenspiegel, Deutschenspiegel, Schwabenspiegel, Kleines Kaiserrecht. — Stadtrechte. Rechtsbewidmung u. Oberhöfe. — Kirchenrecht. Corpus iuris canonici. — Reichsgesetzgebung.

3. Das Reichsstaatsrecht 82

Lehnsstaat. Reichsfürstentum. Insbesondere Kurfürstenkollegium. Reichstag, Reichsstände. Territorien u. Landeshoheit. Insbesondere die Marken.

§ 7. Die Rezeption.

1. Begriff und kulturhistorische Bedeutung. 83

Rezeption, Reformation, Renaissance, Humanismus.

2. Verhältnis des deutschen und röm. Rechts während des Mittelalters 84

3. Neubelebung des röm. Rechts in Italien 85

Die langobardische Wissenschaft. Die romanistische Wissenschaft: Bologna Glossatoren (Irnerius, Accursius). Kommentatoren (Baldus, Bartolus).

4. Einzug des röm. Rechts in Deutschland 86

Die italienischen Universitäten. — Deutsche Wirtschafts- und Rechtszustände. Begünstigung des fremden Rechts durch Kaiser u. Fürsten; Reichskammergericht u. territoriale Kammergerichte. Land- u. Stadtrechtsreformationen. Subsidiarität des gemeinen Rechts. Die Literatur.

5. Rechtshistorische Bedeutung der Rezeption 89

§ 8. Die Neuzeit.

1. Das Reichsstaatsrecht und sein Verfall 92

Die Reichsreform: Kreiseinteilung und Beteiligung der Reichsstände am Reichsregiment, Reichsfinanzen und Reichsarmee. Die Reichsgerichtsbarkeit und die privilegia de non appellando etc.

Seite

Reichskammergericht. Reichstag. „Kaiser u. Reich." Religiöse Spaltung. Emanzipation der Territorien. Westfälischer Friede. Ende des Reichs.

2. Das Staatsrecht der Territorien und sein Ausbau . . 94

Sieg der absoluten Monarchie über die Stände. Ältere Zustände. Entwickelung seit d. großen Kurfürsten. Friedrich Wilhelm I. u. seine Verwaltungsreform.

3. Völkerrecht, Handelsrecht 96

4. Das gemeine Strafrecht 96

Peinl. Gerichtsordn. Karls V. Die Strafe. Der Strafprozeß. Inquisitionsmaxime u. Tortur.

5. Privatrecht und Zivilprozeß 98

Allgemeine Charakteristik. Usus modernus pandectarum. Der gemeine römisch-kanonische Zivilprozeß; seine Fortbildung in Reichs- und Landesgesetzgebung. Heimlichkeit, Schriftlichkeit, teilweise Inquisitionsmaxime. Referat und Votum. Schleppendes Verfahren. Rechtsunsicherheit. Advokatur. Preußische Zivilprozeßreform. Corpus iuris Fridericiani.

6. Schöpfung der modernen Rechtswelt. Verarbeitung der Gedanken der spätern Aufklärungsperiode in das Recht 100

Allgemeine Charakteristik. Der Individualismus. — Das Staatsrecht. Gesellschaftsreform. Bauernbefreiung. Stein-Hardenbergsche Reformgesetzgebung in Preußen. Französische Revolution. Preußische Verwaltungsreform. Konstitutionalismus. — Reichsgedanke u. Einheitsbestrebungen in Deutschland. — Das Strafrecht. Humane Bestrebungen. Voltaire. Beccaria. Strafrechtsreform. — Zivilprozeßreform. — Privatrecht.

7. Die Quellen um die Wende des 18. Jahrhunderts . . 105

Allgemeine Charakteristik. — Das preußische Landrecht. — Svarez und Carmer. — Die allgemeine Gerichtsordnung usw. — Die französische Kodifikation: Code Napoléon. — Das österreichische allg. bürgerliche Gesetzbuch.

8. Das 19. Jahrhundert und die Reaktion gegen die Ideen der Aufklärungsperiode 106

Der historische Skeptizismus und die Stockung der Kodifikationsbestrebungen. Die periodischen Gesetzsammlungen. — Sozialismus gegen Individualismus. Insbesondere der Staatssozialismus. Übereinstimmung und Gegensätze zwischen den Ideen des 18. und 19. Jahrhunderts. Ihre teilweise Verschmelzung. Soziale Gesetzgebung. — Rezeption englischen u. französischen Rechts in Deutschland. — Gesetzgebung des deutschen Bundes. — Die moderne deutsche Reichsgesetzgebung als Abschluß einer Epoche der Weltrechtsgeschichte. Insbesondere die Reichsjustizgesetze. Urheberrecht.

Seite

II. Buch.

Die Rechtsfindung.

I. § 9. **Prinzip der subjektiven Rechtsbeurteilung: das Rechtsgefühl.** 112

Ursprüngliches Rechtsgefühl und gebildetes Rechtsbewußtsein.

II. **Prinzip der objektiven Rechtsbeurteilung: die Rechtswissenschaft.**

§ 10. **Allgemeine Voraussetzungen des juristischen Denkens.**

1. Die objektiven Rechtsgarantien. „Subjektives und objektives Recht" 116

2. Die Möglichkeit einer Wissenschaft des Rechts . . . 119

Zusammenhang der Zwecke. Zweck und Norm. Richtige und unrichtige Zwecke. Ethische und logische Richtigkeit. Die Assimilation des ethischen und logischen Urteilens. Der Fehler der Identifikation des ethischen und logischen Urteilens und seine Folgen. Ermöglichung der Jurisprudenz durch die Assimilation. Soziologische und interpretatorische Rechtswissenschaft.

3. Die Interpretation als Aufgabe der Jurisprudenz. Begriff und Wesen der Interpretation 123

„Erkennen des Erkannten". Subsumtion. Identität der Jurisprudenz mit ihrem Gegenstande. Positivität der Jurisprudenz. Jurisprudenz und Theologie. „Wille des Gesetzgebers."

4. Die interpretatorischen Kunstregeln. Traditionelle Hermeneutik 124

Sinninterpretation u. Wortinterpretation. Grammatische u. logische (philologische und juristische) Interpretation. Extensive u. restriktive Interpretation. Subsumieren der Tatbestände. Analogie. Fiktion.

§ 11. **Kritik der traditionellen Hermeneutik und Begründung der modernen wissenschaftlichen Rechtsfindung.**

1. Der Dualismus des Rechtsdenkens. Die Konstruktion 127

2. Der dogmatische Monismus der bisherigen Rechtswissenschaft. 129

Seine Berechtigung bis —, seine Unhaltbarkeit nach 1900.

Seite

3. Die Freirechtsbewegung 135

Ihre 5 Forderungen: a) Theorie der Rechtslücken. b) Soziologische Methode. c) Reform des Rechtsstudiums: realwissenschaftliche Ausbildung. d) Erhöhung der Persönlichkeit des Richters. e) Justizreform.

§ 12. **Kritik der Freirechtslehre.**

1. Subjektives Moment und Sophokratie in der Freirechtslehre 142

2. Die soziologische Wissenschaft als Werkzeug objektiver Rechtsgarantie 143

Subjektivität der älteren rechtsschöpferischen Tätigkeit. (Der „juristische Takt".) Rationalisierung derselben durch die Soziologie. Systematik und Einheit der Soziologie. Ihr Verhältnis zum Naturrecht und zur historischen Methode.

3. Contra, praeter, intra legem 146

Vermittelnde Richtungen der „alten Schule".

§ 13. **Das Wissenschaftsrecht der Zukunft und Gegenwart.**

1. Primat des freien Rechts 147

Die herrschende Freirechtslehre als Theorie der virtuellen Lückenlosigkeit des Gesetzes. — Insuffizenz jeder Lückentheorie. Mißbrauch der Wissenschaft durch Erhebung zum Gesetz; das heutige Gesetzesrecht als kodifizierte Wissenschaft. Lähmung der Wissenschaft und des Rechts durch die Kodifikation. Wissenschaft des Nichtwissenswerten. Entfesselung der Wissenschaft. Abtragung des Gesetzesschutts — Bleibendes Herrschaftsgebiet des Gesetzesrechts; Verteilung der Rechtsmaterien an Gesetz, Gewohnheit, Wissenschaftsrecht. — Vorläufer der wissenschaftsrechtlichen Methodik: Savigny. Gewohnheitsrecht u. Wissenschaftsrecht. Notwendigkeit der Gesetzgebung um 1800. Kirchmann. — Das Wissenschaftsrecht als Produkt und Postulat der modernen Entwicklung. — Autonomie des Wissenschaftsrechts. Wissenschaftsrecht u. Selbstverwaltung.

2. Stabiles Recht und mobiles Recht 158

Phänomenologisch-geschichtsphilosophischer Nachweis der Notwendigkeit mobilen Rechts für Zukunft und Gegenwart. — Parallele Mobilisierung der übrigen Kulturerscheinungen, insbes. Medizin, Technik. — Die Reihe: Gewohnheit, Handwerk, Wissenschaft (allgemeine historische Grundformen der menschlichen Kulturtätigkeit).

Gesetzesrecht als Handwerksstufe der Rechtsmethodenentwickelung. — Verhältnis der jeweils höheren Stufe zur niederen. Ex-

Seite

klusiv-radikaler Standpunkt des Gesetzesrechts; sein Fehler; irrogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts. Inklusiv-konservativer Standpunkt des Wissenschaftsrechts.

3. Die wissenschaftslose freie Rechtsfindung 162

III. Buch.

Die Rechtsphilosophie.

§ 14. Rechtsphilosophie und Jurisprudenz.

Die Philosophie und das System der Einzel- oder Fachwissenschaften. 167

Philosophie als monistischer Abschluß des Wissensgebiets, als Wissenschaft der Fundamentalien, als Wissenschaft der interdisziplinaren Beziehungen. Logik. Ethik. Ästhetik. Metaphysik. Wissenschaftliche Bedeutung der enzyklopädischen Versuche, insbesondere mit Beziehung auf die (einstigen) Ansprüche der Jurisprudenz, als Grundwissenschaft zu gelten.

§ 15. System der Rechtsphilosophie (I). 174

1. Rechtsmetaphysik. 2. Rechtslogik: Juristische Methodologie (Rechtswissenschaftslehre) und Enzyklopädie. 3. Rechtsethik: Strafrechtsproblem. 4. Rechtsästhetik. 5. Rechtspsychologie. Rechtscharakterologie.

§ 16. Rechtsphilosophie (II). Rechtspädagogik. Ethik des juristischen Berufs. 181

Literaturverzeichnis.

1. Grundbegriffe und Rechtsphilosophie[1]).

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1820. 1. Ausg. von Gans 1833, 2. von G. Lasson 1911. Hegel, Philosophie der Geschichte (Reclam). — Krause, System der Rechtsphilosophie, herausg. v. Röder. 1874. — Arnold, Kultur und Recht. 1865. — Stahle, Rechtsphilosophie. — Bierling, Juristische Prinzipienlehre. 4 Bde. 1894 ff. — Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892. — *Dahn, Felix, Über den Begriff des Rechts. Breslauer Rektoratsrede. 1895. — *Gareis, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. — Gierke, Der Humor im Deutschen Recht. 2. Aufl. 1886. — *Jhering, Der Zweck im Recht. 2 Bde. — *v. Kirchmann, Grundbegriffe des Rechts und der Moral. 2. Aufl. 1873. — *Kohler, Josef, Einführung in die Rechtswissenschaft. — Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1908.

---

[1]) Die speziell methodologische Literatur in den Fußnoten am Schluß des § 11, rechtspädagogische am Schluß des § 16.

— Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung. — Berolzheimer, System der Rechtsphilosophie. 1904—07. — Salmond, Jurisprudence or the theory of the law. 2. Aufl. 1907. — Lotmar, Vom Rechte, das mit uns geboren ist. 1892. — Oppenheimer, Der Staat. 1907. v. Wieser, Recht u. Macht. 1910. — Merkel, Juristische Enzyklopädie. 2. Aufl. 1900. — Stammler, Rudolf, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. — Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte. — Lasson, System der Rechtsphilosophie. 1882. — *Ihering, Kampf ums Recht. Viele Aufl. — Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. — *Radbruch, Einführung i. d. Rechtswissenschaft. 1910. — Del Vecchio, I presupposti filosofici della nozione del diritto. 1904. Il concetto del diritto. 1905. — Sternberg, J. H. v. Kirchmann u. s. Kritik der Rechtswissenschaft. 1908. — Sternberg, Die Selektionsidee in Strafrecht und Ethik. 1911. — Sternberg, Das Verbrechen in Kultur und Seelenleben der Menschheit. 1911.

Zur Kenntnis des katholisch-kirchlichen Standpunkts Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl. 1909; des sozialdemokratischen Marx-Engels, Kommunistisches Manifest.

2. Rechtsgeschichte.

Fustel de Coulanges, La cité antique. — Ihering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 3 Bde. — Schröder, Richard, Deutsche Rechtsgeschichte. — *Sohm, Rudolf, Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts. — Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. 3 Bde. — A. S. Schulze, Privatrecht und Prozeß. 1883. — Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. — Stintzing-Landsberg, Geschichte der Rechtswissenschaft.

Die mit * bezeichneten Werke sind leicht verständlich und zur Einführung für Anfänger besonders geeignet. — Vgl. noch die Abteilung „Rechts- und Staatslehre" im Literarischen Ratgeber und Jahresbericht des Dürerbundes (Kunstwarts).

Einleitung.

§ 1. Wesen und Funktion des Rechts.

1. Zwei verschiedene Reihen von Tatsachen machen die Gegenstände der Wissenschaften aus. Den Tatsachen der Natur treten die Tatsachen des menschlichen Geisteslebens (der Kultur) gegenüber. Wie sich die Naturtatsachen in solche der anorganischen und der organischen Natur und weiter bis in mannigfachste Verzweigungen gliedern, so auch die Tatsachen des geistigen Lebens: Sprache, Literatur, Kunst, Wissenschaft, Religion, Sittlichkeit usw. In ihren Bereich ordnet sich, eine eigene Fülle von Tatsachen des geistigen Lebens umspannend, auch das Recht ein. Die Wissenschaft des Rechts hat die Funktionen des Rechts (des „Rechtslebens", der „Rechtsordnung") im einzelnen und allgemeinen zu erklären, so wie die Medizin über die Funktionen des menschlichen Organismus belehrt. Eine erste allgemeine Einsicht in die Funktionen des Rechts, auf deren Grund die weiteren, spezielleren Einsichten zu erlangen sind, ist seine bereits dem frühesten Nachdenken über das Recht geläufige Würdigung als der Friedensordnung unter den Menschen.

2. Das Zusammenleben der Menschen bedingt unendliche Kollision zwischen den Interessen der einzelnen. Wollte jeder den seinigen schrankenlos nachgehen, so wäre seiner Eingriffe in die Interessen an-

derer kein Ende. In derartiger Form des Krieges aller gegen alle tritt jedoch der Kampf ums Dasein nie und nirgends auf. Durch Normen, d. s. zwangskräftige Regeln, werden bestimmte Interessenobjekte (Güter): Leben und körperliche Integrität überhaupt, Freiheit, Ehre, Vermögen gegen Verletzung durch menschliche Handlungen gesichert. Recht ist Interessenschutz (Güterschutz).

3. Die Untersuchung, welche Güter (Interessen) zurzeit rechtlich geschützt sein sollten, gehört der gesetzgebenden Rechtswissenschaft (auch „Legislativpolitik") an. Die Untersuchung, welche Interessen (Güter) und in welchem Maße dieselben rechtlich geschützt sind, unterfällt der (schlecht) sogenannten „positiven" oder „eigentlichen" Rechtswissenschaft (besser, „Wissenschaft des geltenden Rechts").

Diese bildet den Gegenstand des überwiegenden Teils der Rechtsliteratur. Sie bildet ausschließlich den des Universitätsstudiums — ein Umstand, der der Verbreitung der Rechtswissenschaft großen Abbruch tut, weil der Stoff des nur Gegebenen tote Masse bleibt, voll der berüchtigten „Trockenheit der Jurisprudenz". Selbst die Darstellung der Ideen und der Bedürfnisse, aus denen geschichtlich die geltenden Rechtszustände erwachsen sind[1]), vermag allein dem nicht abzuhelfen. Nicht nur die Aufweisung der Interessen und Gedanken, die einst geschaffen haben und teils noch lebendig, teils aber auch schon abgestorben sind, ist zu erfordern. Sie hindert noch nicht, daß das

[1]) Zu untersuchen, welche Güter früher als schutzwürdig galten, und wie der Schutz geformt war, ist Aufgabe der Rechtsgeschichte.

Geltende dem Betrachter unlebendig scheint: als bloßes „Produkt der Vergangenheit“ bleibt das geltende Recht doch selbst nur ein Vergangenes, Entfremdetes. Erst wenn auch am anderen Ende die wirkenden Kräfte gezeigt werden, die Tendenzen der Zukunftsentwickelung, denen gegenüber das geltende Recht sich widerstehend behauptet oder denen Raum zu geben es sich anschickt, spürt man das geltende Recht als das, was es ist, als eine wirksame Kraft (resultierende Kraft aus Reaktion und Revolution), eine geschichtlich-kulturelle Energie, als lebendigste Gegenwart, die jeden und jedes unmittelbar anfaßt, hemmend oder stoßend, hart oder elastisch.

Andererseits ist es selbstverständlich, daß jeder in die Zukunft schauende, jeder Versuch gesetzgebender Rechtswissenschaft wertlos ist, der nicht das geltende Recht souverän beherrscht. Positive und legislative Rechtswissenschaft müssen methodisch stets zusammenarbeiten, obschon man sie systematisch unterscheiden kann und ihr Schrifttum in „positive Rechtsdarstellungen“ und „Reformschriften“ sich zertrennt. Als Teil der Moral, als Seinsollendes, ist das geltende Recht zugleich Verwerfung von Vergangenem, das nicht mehr sein soll und von Künftigem, das noch nicht sein soll oder kann. Die Positionen des positiven geltenden Rechts, an sich bloßer Buchstabe, sind wirkend und verständlich als historische und politische Negationen. Wie man auch systematisch die Lehre vom geltenden Recht verselbständigen kann, sie ist doch methodisch restlos halb Geschichte und halb Politik.

Früher galt als Ideal der Rechtswissenschaft eine solche, die das „Recht an sich“ ausfindig machte, d. h.

auf dem Wege reiner (naturwissenschaftlicher oder theologischer) Erkenntnis das Recht entdeckte, das mit naturgesetzlicher oder vernunftmäßig-evidenter Sicherheit gleich den mathematischen Sätzen in der Natur der Dinge enthalten und damit zu weltbeherrschender und ewiger Gültigkeit berufen sei (Naturrecht). Das ist freilich ein unendlich verlockender Gedanke; ja der entgegengesetzte Gedanke, daß heute Recht sei, was morgen schon Unrecht sein könne oder bei uns Recht was im Nachbarlande Unrecht, dünkt manchen unerträglich und zerstört ihm den Glauben an das Recht überhaupt. Und doch ist der Gedanke eines Naturrechts — ein Widerspruch in sich. Denn als Seinsollendes, als Innerliches und Persönliches des Menschen, das das Recht, als ein Moralisches, ist, kann es nicht in der Natur sein als etwas Erkennbares, sondern es kann lediglich Tat des Geistes, im Willen Geschaffenes sein. Auf Seiendes, auf Erscheinungen der Natur können die Urteile gut und böse, recht und unrecht niemals angewandt werden; gut oder böse ist nur ein Wollen; ein Wollen, eine Wahl, Bewertung durch ein neues Wollen ermöglicht die Kritik eines Vorhandenen.

Ich kann festsetzen, was als gut und böse, recht und unrecht anzusehen sei. Recht wird niemals vorgefunden, es wird gemacht, gemacht durch den moralischen Entschluß und Aufschwung der Menschenseele. Also ist Naturrecht unmöglich, so unmöglich wie der Stein der Weisen, der gleichfalls durch Naturgeschehen bewirken sollte, was nur dem schaffenden Geiste möglich ist. Beide im letzten Grunde Schlaraffenideale.

Mit dem Naturrecht ist früher allgemein die Rechtsphilosophie vereinigt und verwechselt

und dadurch auch in dessen Zusammenbruch verwickelt worden. Zu Unrecht: die Rechtsphilosophie sucht gar nicht Rechtssätze auf, sondern ist die wissenschaftliche Auseinandersetzung der Bedeutung des Rechts für die Welt und für die Seele. Sie ist vor allem für den Studierenden der Rechtswissenschaft von allernächstem Interesse; er muß sich, zumal bei der Berufswahl — die für den Juristen infolge der Mannigfaltigkeit juristischer Tätigkeiten während seines ganzen Lebens erneut wiederkehren kann — darüber klar sein, was das Recht ihm, und was er für das Recht, und was das Recht durch ihn, er durch das Recht der Welt zu seinem Anteil sein kann und soll. Aber weitergreifend müssen, da alle im Rechte leben, die Fragen der Rechtsphilosophie einen jeden berühren: Ob überhaupt Recht möglich, oder das, was wir als Recht ansehen, ein bloßer Schein, ein Hirngespinst, der die brutale Obmacht des Starken und Skrupellosen nur listig verdecke, so daß es nicht darauf ankomme, wer Recht habe, sondern wer Recht behalte (Rechtsmetaphysik). Ob das Recht ein Gutes, oder, wie die Anarchisten behaupten, vermöge des ihm innewohnenden Zwanges, seiner strengen Verwirklichung des Vergeltungstriebs und seiner Formalität der Inbegriff der Lieblosigkeit und des Bösen sei (Rechtsethik). Ob es, wie so viele glauben, eine abstoßende nüchterne Geschäftsmaschinerie sei oder ob es irgendwie schön, somit dem Zuge der Seele zum Edlen gerecht sein könne (Rechtsästhetik). Wie das Recht entstanden sei, und ob es wohl einmal aufhören, zu welchem Zustande die Menschen zu führen es bestimmt sei (Rechtsgeschichtsphilosophie). Nach welchen Gesetzen das Rechts-

bewußtsein in der Seele wirksam werde (Rechtspsychologie, einschließlich der Rechtscharakterologie, die die Verschiedenheit der Äußerungen des Rechtsbewußtseins bei einzelnen, Ständen und Völkern zu begreifen sucht), die Frage endlich, wie der einzelne und die Masse zum Recht oder durch das Recht erzogen werde (Rechtspädagogik).

4. Das Recht ist Vergeltungsnorm. Neben dem Recht bewirken den Interessenschutz und die Ordnung des menschlichen Lebens Normen, denen keine Vergeltung innewohnt; die Handlungen, die sie anordnen oder erlauben, sind nicht in Hinsicht auf eine vorangegangene als deren Lohn oder Ahndung, sondern einfach an sich geboten oder statthaft. Solche Normgruppen sind Moral, Sitte, Anstand, Höflichkeit, Mode, Tracht u. a. m. Die Unterschiede ergeben eine bei den verschiedenen Normengruppen verschiedene Psychologie des Zwangsbewußtseins. Jedermann erfährt durch Selbstbeobachtung, daß er sich durch Recht, Moral und Sitte in verschiedener Weise gezwungen fühlt. Das gesunde Gefühl reagiert auch dagegen, wenn die Unterschiede verwischt werden, wenn z. B. jemand bloße Sittenregeln verficht, als hätten sie die Bedeutung von Normen der Sittlichkeit oder Rechtssätzen. Freilich sind die Gefühle der einzelnen Menschen gegenüber den Normengruppen nicht gleich, die einen lieben, die andern hassen vor allem Recht, Sittlichkeit, Sitte oder der Sitte Einzelteile: Anstand, Höflichkeit, Mode, den Standeskodex, den Komment usw.

Die Anarchisten empfinden das Wesen des Rechtzwangs, dem eine just die edelsten Regungen der Menschenseele oft kränkende Schablonisierung bis zu einem gewissen

Grade untrennbar anhaftet, als brutal und unerträglich. Wohl jeder, nicht zuletzt, wer selbst an der Ausübung der Rechtspflege beteiligt, hat diese Empfindung einmal an sich erlebt, und es ist keine niedrige. Sie schuf „Edelanarchisten" wie Ibsen und Tolstoi. Indem die anarchistische Theorie aber das Recht deshalb abschaffen und das Leben durch viel Moral und ein wenig Sitte allein geregelt sehen möchte, entgeht es ihr, daß jener Konflikt zwischen individuellem Gefühl und dem Bedürfnis der gesellschaftlichen Organisation, wie u. a. zahlreiche Dichtungen (auch gerade der genannten beiden Schriftsteller!) zeigen, im Gebiet von Sitte und Moral noch weit schärfere und verletzendere Form annimmt, als in dem des Rechts. Weit schärfer, weil das Recht uns im Grunde doch als das höhere, noch unantastbarere, ja in Wahrheit heilig erscheint, während Anwendung dieser Bezeichnung auf die Sitte eine gelinde Blasphemie, auf die Moral doch um ein Haar weniger geläufig ist als auf das Recht. Ja wir entnehmen mit Überraschung der Psychologie der Normengruppen folgende Reihe: ein Wächter der Sitte ist uns, wenn gemäßigt und milde, willkommen; ein Moralprediger, wenn selber moralisch respektwürdig; ein gerechter Richter, selbst wenn rigoros, ein Ideal. Beim Anarchismus übrigens bleiben die weicheren, passiven Gemüter stehen, innerlich gefestigte Mannesnaturen ringen sich in der Erfahrung des Lebens zu einer großen Liebe zum Rechte durch (dies wird ihnen zum heiligsten Gute), und naht ihnen das Unrecht, dann entstehen die tragischen „Kämpfe ums Recht" eines Michael Kohlhaas, John Hampden, Taras Barabola[1]) u. a. Solche Blutzeugen für die Majestät des Rechtes kämpfen für die Gesamtheit, indem sie ihre Ansprüche verfechten; mit Fug preist Jhering den Kampf ums Recht als moralische Tat. (Fälschlich aber auch den aus kleinlichen Motiven hervorgehenden.)

5. Die Funktion des Rechts wird greifbar in den einzelnen Rechtsfällen. Streiten zwei, ob A dem B 100 zu zahlen habe, und es kommt zur richterlichen Entscheidung, so enthält diese: Erstens die Macht, die dem Richterspruch Vollstreckung verbürgt. Das ist die Friedewirkung des Rechts. Sie

[1]) Im Roman „Ein Kampf ums Recht" von K. E. Franzos.

verhindert die aus Selbsthilfe der Partei und deren Abwehr entspringenden Unzuträglichkeiten. Zweitens die Gerechtigkeitswirkung. Sie beruht zunächst auf der Unparteilichkeit der schlichtenden dritten Person, die jedem das Seine zuerkennt, während die Beteiligten oft auch ohne böse Absicht mehr fordern, als ihnen zusteht; sodann auf dem billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen durch verhältnismäßiges Abstreichen an den Ansprüchen, wenn nämlich diese durch die Vereinbarung der Parteien oder sonstige Umstände so geformt sind, daß sie miteinander kollidieren. In allen Fällen werden die Interessen der Parteien gleichzeitig mit dem Interesse der Gesamtheit in Ausgleich gebracht, das in erster Linie stets als das allgemeine formale Interesse an der Erhaltung des Friedens, mitunter aber auch als am konkreten Falle speziell beteiligt erscheint.

Unterscheidend zwischen Rechtssätzen, in denen (überwiegend) Gesamtinteresse und solchen, in denen (überwiegend) Einzelinteresse zum Ausdruck kommt [1]), faßt man jene als öffentliches, diese als Privatrecht zusammen.

So schon die römischen Juristen. Institutionen (Justinians): Buch I Titel 1 § 3 u. 4: (Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum; publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.

Das Privatrecht gliedert sich in bürgerliches und Handelsrecht [2]), dem öffentlichen Recht fallen das Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Kirchenrecht, das Strafrecht und das gesamte Verfahrensrecht zu (Zivilprozeß, Strafprozeß und Verwaltungsverfahren). Das Verfahrensrecht heißt auch formelles Recht und im Gegensatz dazu alles Recht, das nicht bloße Verfahrensvorschriften enthält, materielles

---

[1]) In den anderen Normengruppen ist der Unterschied mehr verwischt.

[2]) Der Ausdruck „Zivilrecht" (ius civile) wird bald für Privatrecht, bald für bürgerliches Recht gebraucht. Eine dritte (historische) Bedeutung S. 59.

Recht. So stellt man dem Zivilprozeß das materielle Zivilrecht, dem Strafprozeß das materielle Strafrecht, dem Verwaltungsverfahren das materielle Verwaltungsrecht gegenüber.

§ 2. Das Gelten des Rechts und seine Gründe. (Lehre von den Quellen.)

1. Der Tatbestand des Geltens liegt darin, daß dem Menschen bewußt ist, durch das Geltende in irgend einer Weise gezwungen zu sein. Aber dieses Zwangsbewußtsein bedarf noch einer näheren Bestimmung. „Gelten" sagt man auch von anderen Tatsachen als bloß von der Regelung des menschlichen Verhaltens, denen man dann entsprechend in übertragener Bedeutung auch den Namen von Normen oder Gesetzen beilegt, nämlich von den Naturtatsachen. Auch Naturgesetze „gelten". Was unterscheidet das echte Gelten von jenem bildlichen, die wahren von den Pseudonormen? Beim Gelten der eigentlichen Normen fragt man notwendig nach einem Grunde ihres Geltens; bei den Naturgesetzen fällt diese Frage ebenso notwendig weg. Und der Grund, weshalb die sozialen Normen gelten, liegt stets in der sittlichen Überzeugung von ihrer Richtigkeit, in ihrer Anerkennung. Ein **Naturgesetz** gilt, ob wir es richtig finden und anerkennen oder nicht — selbst ob wir es kennen, ist dafür gleichgültig. Eine **Norm** gilt nur, weil (und solange) wir finden, daß das, was sie vorschreibt, so (sittlich) richtig ist; weil wir sie anerkennen. Sie entsteht mit unserer Anerkennung und vergeht mit ihr, sie lebt von unserer Anerkennung. Die Anerkennung ist der gemeinsame Grund und Ursprung aller Normen.

Gültig an Normen ist nur (und alles), was wir anerkennend als solche setzen: alle Normen sind positiv.

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts hat man geglaubt, daß es natürliche Sittlichkeit und natürliches Recht (und wohl auch natürliche Sitte) gäbe und geben müsse. Diejenigen, die wie die griechischen Sophisten und Skeptiker oder deren französische Nachfolger von Montaigne bis Anatole France das Naturrecht leugneten, glaubten damit ohne weiteres das Recht ganz und gar als bloßes Recht des Stärkeren ansehen, also leugnen zu müssen. Um das Recht überhaupt halten zu können, suchte Platon erst in den Gesprächen über das Rechtsmartyrium des Sokrates (Apologie, Kriton, Phaidon), dann in den Sophistenspiegeln (Protagoras, Gorgias usw.) und den Staatsschriften: „Staatsmann" (Politikos), „Verfassung" (Politeia), „Gesetzesrecht" (Nomoi), suchte Aristoteles (Nikomachische Ethik, Politeia) zu erweisen, daß das Recht (bzw. seine Grundlagen) nicht nur kraft willkürlicher Setzung (θέσει), sondern von Natur (φυσει) mit mathematischer Evidenz gelte.

Als Quelle dieser natürlichen Normen galt in erster Linie der göttliche Befehl. Bestimmte Satzungen der Sittlichkeit und des Rechts fand man in der geoffenbarten Religion, unterschied jedoch schon früh unbedingt allgemeingültige Regeln (lex divina universalis) von solchen, die nur einzelne Völker oder Glaubensgemeinschaften (z. B. Christen oder Juden) zu halten verbunden seien (lex divina particularis). Über die Abgrenzung beider Gebiete gab es weidliche Polemik.

Als zweite Quelle natürlicher Satzung galt die menschliche Vernunft. Das Vernunftrecht tritt als zweite Kategorie des Naturrechts neben das göttliche Recht. Noch heute besteht die katholische Rechtsphilosophie durchaus in einer von den Scholastikern, besonders Thomas von Aquino (Summa theologica), mit großartigem Scharfsinn ausgebauten Theorie des göttlichen und menschlichen Naturrechts.

Als zum Beginn der neueren Zeit die theologische Denkweise zurücktrat und die Philosophie auf den Thron erhoben wurde, begann für das Vernunftrecht, das nunmehr eigentlich sogenannte Naturrecht eine Zeit des Triumphes. Der

Gedankengang war: die menschliche Seele sei in bestimmter unveränderlicher Weise eingerichtet, also müsse es auch ein unveränderliches Recht geben, die Menschen zu regieren. Es sei Aufgabe der Wissenschaft, die Gesetze dieser natürlichen Rechtsordnung zu finden, so wie die natürlichen Gesetze etwa der Physik oder Mathematik. Klar, daß seinem Werte nach dieses Recht als allgemein befriedigendes, bestmögliches, als ideales Recht gedacht werden mußte, ebenso wie vorher das göttliche Recht schon seiner Herstammung wegen selbstverständlich solches war. Die Vernunftrechtsphilosophie drängte die theologische Basierung des Naturrechts in langem Geisteskampf[1]) zurück und gewann beherrschenden Einfluß auf die Rechtsanschauungen und die Gesetzgebung der Zeitspanne von 1650—1800; diese ganze Epoche der Rechtsentwickelung heißt daher „Naturrechtszeitalter".

Inauguriert durch Hugo Grotius'[2]) Schrift de iure belli et pacis 1625, auf die Höhe gehoben von Samuel Pufendorf[3]), erhielt es neuen Glanz durch Thomasius (Fundamenta iuris naturae et gentium 1705) und J. J. Rousseau (Contrat social ou principes du droit public 1762). Seinen Niedergang bezeichnen Christian Wolff (Ius naturae methodo scientifico pertractatum 1740—48) und Kant (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797), der an das Naturrecht noch glaubte, wiewohl er selber die Waffen geschliffen hatte, die diesem Irrtum der Jahrtausende ein Ende bereiteten.

Des Göttinger Professors Hugo mit dem echten Geist der Vernunftkritik erfülltes Lehrbuch des Naturrechts (1799) widerlegte zum erstenmal die ganze Naturrechtstheorie von Grund aus[4]).

Seitdem ist die Wahrheit unverlierbar: das Recht ist von den Menschen gesetzt nach ihren Bedürfnissen. Die Bedürfnisse der Menschen aber verhalten sich historisch verschieden.

---

[1]) Übersicht: Sternberg, Begnadigung bei den Naturrechtslehrern. Ztschr. f. vergleich. Rechtswiss. Bd. 13. 1899.

[2]) „Vater des Naturrechts".

[3]) De iure naturae et gentium 1672. Vor ihm die Philosophen Hobbes (De cive 1642, Leviathan 1651) und Spinoza (Tractatus theologico-politicus 1670), gleichzeitig Locke (On government 1690).

[4]) Bahnbrechend Schelling, Syst. d. transzendentalen Idealismus 1800 S. 406 ff. Vorher schon Herder, Ideen zur Geschichte der Menschheit. 1784 ff. Ausgebaut ist die Philosophie des positiven Rechts von Feuerbach, Hegel. Bergbohm. Sie ist Philosophie der Rechtsentwicklung. Freilich ... schon Aristoteles den Entwicklungsgedanken

Die Probleme, deren Lösung die Rechtssätze (und die übrigen Normen) bilden, die sozialen Probleme, sind Entwickelungsprobleme, sie lassen keine prinzipielle Beantwortung zu, sondern ihre Lösung ist die stetige Vervollkommnung in asymptotischer Annäherung an ein der Erfahrung unzugängliches Ideal. Alles Recht ist positiv heißt zugleich: alles Recht ist historisch[1]). Die Einsicht von der historischen Natur des Rechts hat das Naturrecht auf immer verdrängt[2]).

2. Da es kein Naturrecht gibt, so muß das Recht von Fall zu Fall durch freie Tat des Denkens und Gewissens gefunden werden. In der Weisheit des Kadi oder des salomonischen Urteils einen sich tiefer Blick in die „Natur der Sache" und starker Entschluß. Immer jedoch ist das von der Vorzeit bereits Geleistete in höherem oder geringerem Grade zu verwerten. Vieles Recht, das wir uns jeweils anzuerkennen gedrungen fühlen, ist schon seit alters anerkannt und die Anerkennung geschichtlich offenkundig bezeugt. Das Recht in jedem einzelnen Falle gänzlich frei zu finden ist unmöglich, weil niemand sich vom Einfluß seiner Umgebung frei machen kann; es wäre aber auch absurd, denn um diese Umgebung zu befriedigen, ist das Recht da, und es soll von ihr verstanden werden; auch wäre, wenn jede Rechtsentscheidung ganz für sich, ohne Zusammenhang mit jeder anderen dastünde, jede Spur von Ordnung vertilgt, der Rechtsbegriff überhaupt ausgelöscht: total freies Recht ist undenkbar, als ein Widerspruch in sich. Das Recht für jeden einzelnen Fall vorher ausdenken, ist gleichfalls unmöglich; und angenommen, es ge-

[1]) Das gleiche gilt selbstverständlich von den übrigen Normengruppen.

[2]) Auch was wir in den Systemen der Naturrechtslehrer als Naturrecht ausgegeben finden, ist stets positives, historisches Recht. Es ist das Recht jener Zeit, verbrämt mit Zusätzen, die nach der Meinung der Autoren ideale Zustände zu schaffen geeignet waren.

schähe, es wäre für jedes menschliche Zusammentreffen, in welcher Angelegenheit es auch sei, die Vorschrift vorher festgelegt, so gäbe es keine Freiheit außer im Wege des Verbrechens, und wieder wäre der Rechtsbegriff ausgelöscht: total gebundenes Recht ist gleichfalls undenkbar, ein Widerspruch in sich. Es gehört also zum Wesen des Rechts, daß die Entscheidungen zum Teil aus festgelegtem, gebundenem und schon früher bezeugtem Recht und zum Teil aus freiem Ermessen gefunden werden müssen. Demnach müssen in jeder Rechtsordnung nebeneinander stehen das „strenge Recht" (ius strictum), das allgemein verbindlich ist und das Interesse des Individuums, die zweckdienliche Erledigung des konkreten Falls, dem Interesse der Gesamtheit unterordnet und das Billigkeitsrecht (aequitas, equity), das mangels Interesses der Gesamtheit an den besonderen Modalitäten des konkreten Falls diesen in zweckdienlicher Weise entsprechend den Bedürfnissen der Parteien schlichtet.

Dieser Gegensatz hat in großen Rechtsgebieten wie Rom, dem fränkischen und mittelalterlichen Deutschland und vor allem in England dahin geführt, daß Strengrechtshöfe und Billigkeitshöfe nebeneinander wirkten. Das konnte aber nicht aufrecht erhalten werden: die Tradition macht allmählich diejenigen Neuerfindungen des Billigkeitsrechts, die sich bewähren, zu allgemein verbindlichen, so daß ein Gebilde entsteht, das zwar den Namen des Billigkeitsrechts trägt, formell Billigkeitsrecht, in Wahrheit aber und im materiellen Sinne strenges Recht ist. Andererseits ist es aber auch den Strengrechtshöfen auf die Dauer ganz unmöglich, jeder Versuchung, ganz Veraltetes abzustoßen und dafür im Ermessens-

wege Neues einzuführen, zu widerstehen. Damit wird die Trennung am Ende hinfällig. Sie hat in Rom unter Diokletian, in Deutschland spätestens unter Kaiser Max, in England 1873 ihr Ende gefunden.

Die Festlegung des also gebundenen Rechts geschieht entweder stillschweigend, durch Gewohnheit, d. h. durch dauernde Übung mit Rechtsüberzeugung (opinio iuris seu necessitatis); es kann dies Gewohnheitsrecht sich als Volksrecht auf Volksgewohnheiten ebenso gründen wie als Juristenrecht auf Gerichtsgebrauch. Oder aber die Festlegung geschieht ausdrücklich durch Rechtssetzung. Als solche kannte die Wissenschaft im Banne romanistisch-despotischer Anschauungen bis vor kurzem nur die befehlende, herrschaftliche Form der Rechtssetzung, das Gesetz, das eine übergeordnete Gewalt Untergeordneten auferlegt. Die germanische Freiheitsidee stellt neben das Gesetz die rechtserklärende, genossenschaftliche Form der Rechtssetzung, die Vereinbarung, der Gleichgeordnete sich selber bindend unterstellen. In ihrer einseitigen Identifikation von Gesetz und Recht hat die romanistisch-despotische Doktrin sich soweit verirren können, daß einem großartigen Rechtsgebilde, das auf Vereinbarung beruht, dem Völkerrecht, der Rechtscharakter abgesprochen werden konnte! Auf Vereinbarung beruht auch das Recht der Konkordate und beruhten die mittelalterlich deutschen provinzialen Landfriedensordnungen.

In Rom konnte, in England kann auch heute noch gebundenes und somit bindendes Recht durch bloßen Rechtsspruch geschaffen werden. Die römischen Gerichte waren an die einmal ergangenen Gutachten privilegierter Rechtsgelehrter, die englischen sind an

die einmal ergangenen Richtersprüche jedes ihnen gleich- oder übergeordneten englischen Gerichts prinzipiell gebunden (precedent; case-law). Die Praxis ist somit als vierter Modus der Rechtsfestlegung wirksam, ohne Rücksicht darauf, ob sie zum Gerichtsgebrauch hat einwurzeln können. Die einzelne neue Entscheidung macht neues Recht, und zwar nicht nur im Gebiete des Ermessensrechts, sondern auch im Gebiete des gebundenen Rechts, da sie unter gewissen Voraussetzungen sowohl Gewohnheits- als Gesetzesrecht als auch älteres Rechtsfallrecht (case-law) zu brechen vermag.

Die Wissenschaft des Kontinents hat der Praxis die Kraft eigener Rechtsfestlegung stets abgesprochen. Die rationalistische Weltanschauung der kontinentalen Europäer sah das Gerechtigkeitsideal und die Gerechtigkeitsmacht stets nur verwirklicht im allgemeinen abstrakten Rechtssatz, im kategorischen Imperativ, dem der einzelne Fall und dem der Richter sich unterordnen müsse. Selbst im Gebiet des Ermessensrechts hat daher eine jede Entscheidung nur Macht über den konkreten Fall, den sie betrifft; taucht der Fall zwischen anderen Parteien wieder auf, so kann ihn jedes Gericht abweichend entscheiden.

Der tatsächliche Unterschied gegenüber England wird zwar dadurch eingeschränkt, daß das oberste Gericht eines kontinentalen Rechtsstaats immer nur in einem sehr erschwerten Verfahren, nämlich in Plenarentscheidungen, von seinen eigenen älteren Entscheidungen abweichen darf, und natürlich wirkt diese Einrichtung dahin, daß auch die niederen Instanzen von obersten Entscheidungen sehr ungern abweichen. Tatsächlich machen also im Widerspruch mit der Theorie die Entscheidungen der Kassationshöfe der romanischen

Staaten, der Reichsgerichte Deutschlands und Österreichs, des obersten Landesgerichts Bayerns, des Schweizer Bundesgerichts, in bescheidenem Umfang auch der Oberlandesgerichte Preußens, insbesondere des Kammergerichts, soweit diesem noch Funktionen des Obertribunals belassen worden sind, Rechtsfallrecht.

Aber stets bleibt doch die Theorie insofern im Rechte, als das Rechtsfallrecht nicht wie das englische einen gleichberechtigten Faktor der Rechtsbindung neben den drei andern darstellt, sondern diesen unbedingt untergeordnet ist, so daß es überhaupt nur innerhalb des Ermessensrechts sein Leben hat.

Dem Engländer legt es seine empirische Weltanschauung nahe, den Kern der Würde und Gewalt des Rechts im einzelnen Rechtsspruch als der Einheit von Regel und Fall zu suchen, besonders sofern der Spruch die Wesenheit großer gerechtigkeiterfüllter Persönlichkeit darstellt. Das Recht an sich ist in letzter Linie für den Kontinentalen das Gesetz, für den Engländer der Rechtsspruch und in ihm der Richter. Der Engländer verschmäht es keineswegs, die Lehren der einzelnen Fälle unter höheren Gesichtspunkten zusammenzufassen („juristische Konstruktion", vgl. S. 127), aber diese dienen ihm nur zur Veranschaulichung, nicht haben sie selbst den Charakter bindenden Rechts. Auch in seiner Gesetzgebung strebt er nicht danach, umfassende Systeme (Kodifikationen) zu errichten, sondern regelt lieber die einzelnen Punkte. Er wahrt sich auch im Gebiet des Rechts in großem Maße die Freiheit induktiven Denkens, während man auf dem Festlande innerhalb des Rechts bis heute im Grunde die Deduktion als die

allein zulässige, zum Schutz vor Willkür des Richters allenthalben unentbehrliche Form des juristischen Denkens angesehen hat. Demnach steht auch in England das gesetzte Recht überhaupt mehr beiseite, die Entscheidungssammlungen (reports) bilden die Hauptmasse des Rechts, zugleich den großartigen Ahnensaal englischen Richtertums, während auf dem Festlande das Gesetz, das anonyme, so ausschließlich in den Vordergrund tritt, daß man sogar im gemeinen Sprachgebrauch der Juristen wie der Laien „Recht" und „Gesetz" identisch gebraucht findet.

Die Faktoren der Rechtsfestlegung: Gewohnheit, gesetztes Recht (Gesetz und Vereinbarung) und Praxis (case-law, precedent, Rechtsfallrecht), in denen gemäß den obigen Ausführungen Recht gebunden bindend manifestiert ist in dem Sinne, daß sobald es auf einen Fall zutrifft, es angewendet werden muß (authoritative law), heißen technisch: „juristische Quellen des Rechts" oder „Schöpfungsquellen des Rechts" oder, und so gewöhnlich, „Rechtsquellen" schlechtweg. Sie sind zugleich Realgründe (Entstehungsgründe) gebundenen Rechts[1]).

3. Der rechtswissenschaftliche juristische Begriff der Quelle, wie er hier aufgezeigt worden ist,

---

[1]) „Rechtsgebiet" heißt eine Gemeinschaft, in der ein eigenes sogen. partikuläres Recht gilt. Erfließt Recht für mehrere Rechtsgebiete aus einer Quelle z. B. für die Gliedstaaten einer Staatenverbindung (Staatenbund, Bundesstaat usw.) aus einer Bundesgesetzgebung, so heißt dieses „gemeines Recht" (ius commune), „allgemeines Recht" dagegen, wenn es aus den eigenen Rechtsquellen der einzelnen Rechtsgebiete mit nur inhaltlicher Übereinstimmung erfloß. Lange war das römisch-kanonische Recht gemeines Recht für Deutschland, weshalb man es auch schlechthin „gemeines Recht" im engeren Sinne genannt hat. Allgemeines Recht waren z. B. die Gesetze übereinstimmenden Inhalts, die die dem Deutschen Bunde (1814—1866) angehörigen Staaten sich auf Veranlassung der Zentralverwaltung des Bundes gaben wie das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, die allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848, welche später

darf nicht verwechselt werden mit dem historischen Quellenbegriff, der seinerseits auch für die Rechtswissenschaft von großer Bedeutung ist, nämlich für die Erforschung der Rechtszustände vergangener Zeiten. Die Quellen nun, die die historische Jurisprudenz, die „Rechtsgeschichte" ihren Forschungen zugrunde legt, sind die allgemeinen Geschichtsquellen, also alle möglichen Geisteserzeugnisse der Vergangenheit. Kann man doch selbst aus Werken der schönen Literatur auch über Rechtszustände belehrt werden. An speziellen Rechtsgeschichtsquellen treten außer den Rechtsquellentexten auf: Die Entscheidungen der Gerichte und sonstigen Behörden, die Urkunden über Rechtsgeschäfte, ferner die rechtswissenschaftliche Literatur, die vorgeschrittene, und die Rechtssprichwörter oder Parömien, die primitivere Epochen massenhaft hervorbringen.

Register der in diesem Werke vorkommenden Parömien am Schluß des III. Bandes. Der interessante Versuch von Georg Cohn (Das bürgerliche Recht in Sprüchen), modernes Recht sprichwörtlich zu gestalten, mußte scheitern. Grund S. 179.

Rechtsgeschichte ist mehr als nur ein erwünschtes Bildungsmittel für den Juristen . . . von ihrem Selbstzweck, den sie wie jede Wissenschaft hegt, abgesehen. Um gerechte Entscheidungen zu finden, muß man das „Leben", d. h. die geistige und wirtschaftliche Kultur des Zeitalters, kennen. „Des Zeitalters", damit ist bereits gesagt, daß die Kultur nur durch die Geschichte

---

vom Norddeutschen Bund bzw. vom Deutschen Reich zu Bundes- bzw. Reichsgesetzen angenommen wurden. Im alten Reich galt das gemeine Recht subsidiär, d. h. soweit das partikuläre Recht versagte (was aber in sehr großem Umfang der Fall war, vgl. S. 88): es galt der Satz: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. Umgekehrt im neuen Deutschen Reich: Reichsrecht bricht Landesrecht. — Teil II dieses Werks stellte in der 1. Aufl. das gemeine Recht des heutigen Deutschen Reichs, nunmehr das allgemeine Weltrecht dar.

hindurch gekannt werden kann. Das Rechtsempfinden aber, das eigene, das man in sich trägt und kontrollieren muß, das der Mitmenschheit, dem man „gerecht" werden soll, ist ein Teil des sich entwickelnden allgemeinen wirtschaftlichen und idealen Kulturempfindens.

Kein Naturrecht ist gegeben. Forschertätigkeit, wie sie die Magier des primitiven Naturalismus an ihren Idolen, Opfererscheinungen und Ordalienausgängen, die des Bücherfetischismus an Bibel und Koran, die des Spiritualismus und Materialismus der Moderne an der Menschenvernunft, dem Volksgeist oder am sozialen Körper unternahmen, kann uns Recht nicht ermitteln, das vielmehr im Gewissenskampf täglich erobert sein will. Aber dem Ideal des Rechts, das mit uns geboren ist, mit meiner freien, gerechtigkeitsschöpferischen Tat, steht das Ideal des „ewigen Rechts" gegenüber. Die Anforderung ewigen Rechts muß erfüllt werden durch festwurzelndes Recht, Recht von langer Dauer, in das die Nationen eingelebt sind, auf das sie bauen können. Nur dadurch, durch Stetigkeit, ist die Ordnung möglich, die das Recht will. Recht finden heißt einen Zustand finden, der neue Ansprüche mit alten Ansprüchen, gegebenen Zuständen, versöhnt. Diese sind in der Geschichte begründet, durch sie allein begreiflich. Wer Recht machen will ohne Geschichte, ist kein Jurist, nicht einmal Utopiker; kein Geist der sozialen bewußten Ordnung, sondern bloße Unordnung und Zerstörung kann durch ihn ins Leben treten.

---

4. Aus diesen Erörterungen ergibt sich die Stellung, das Verhalten des Menschen und insbesondere des Juristen zum Recht: „die Methode des Rechts" und damit der Plan dieses Bandes.

Es sind nicht tote öde Massen überlieferter Vorschriften gedächtnismäßig einzuprägen, wie so viele, mit dann berechtigtem Grauen vor dem Studium des Rechts, vermeinen. Sondern was im Gegensatz dazu ein jeder als Aufgabe des Rechts ersehnt: freie Entfaltung des Rechtsbewußtseins im eignen Busen, vernunftkräftig-wissenschaftliche Technik des (sozialen) Lebens ist die wirkliche Aufgabe. Aber diese freie konstruktive und systematische Technik (wie die systematische Theologie auch „dogmatische" genannt) ist, wie eben gezeigt, ohne Verknüpfung mit den älteren Ordnungen undenkbar. Recht ist Zusammenpassung; man muß wissen, wie das alte Recht die Lebensverhältnisse ordnete, d. h. sie konstruierte (formte) und systematisierte (in weitere Verhältnisse zueinander setzte), um die neuen, die sie ja in sich aufnehmen, weiterbilden sollen, ordnen zu können. In der praktisch-juristischen Methode stehen daher die frei bauende Rechtstechnik und die Erfassung der geschichtlich gegebenen Rechtsgebäudefluchten und -architekturen gleichberechtigt und unlöslich verbunden nebeneinander, ja sie durchdringen sich dermaßen, daß die Abstraktion, die dogmatische und historische Rechtswissenschaft trennt, sich in concreto nie völlig ausführen läßt. Vgl. z. B. den der Rechtsdogmatik gewidmeten, und doch zur Einflechtung von Geschichtlichem gezwungenen zweiten Teil dieses Werkes (Allgemeine Rechtslehre). Recht, eben weil es Recht ist, tritt zum Hergebrachten hier in Gegensatz, dort in Harmonie, immer aber nimmt es notgedrungen auf Hergebrachtes, also Geschichtliches Bezug.

Man hat den Historismus im Recht getadelt, weil manche eifrige Erforscher älteren Rechts sich von Rechtsgestaltungen früherer Zeit so gefangennehmen lassen, daß sie sie unnützerweise auf die Gegenwart übertragen. Aber solchen Verführungen ist nur durch vertiefte, nicht durch vernachlässigte Kenntnis der Rechtsgeschichte zu entgehen. Beispiel: Die Vorschriften betr. Risiko des Untergangs bzw. der Beschädigung der streitigen Gegenstände und Verteilung der Früchte sind ohne inneren Grund noch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch bei Klage auf Herausgabe einer Erbschaft anders als bei sonstiger Klage auf Herausgabe vorenthaltenen Guts. Das stammt aus dem römischen Recht; in Rom ist die bezügliche Praxis von zwei verschiedenen Gerichtshöfen zufällig verschieden ausgebildet worden. Hätte man sich diese allbekannte Tatsache der Geschichte bei Schaffung des BGB genügend zum Bewußtsein gebracht, die ärgerliche Verwicklung des an sich schon wenig durchsichtigen Rückerstattungsrechts wäre erspart geblieben.

Unsere Darstellung der Rechtsmethode lehrt im ersten Buch das Recht in seiner geschichtlichen Erscheinung kennen und verwerten, im zweiten die freie Technik, d. h. die Findung

und die Begründung, Rechtfertigung von Recht. Zunächst für die einzelnen Entscheidungs- und Organisationsaufgaben (Rechtswissenschaft). Im dritten Buch fragt sie, welche Aufgabe, Stellung, Bedeutung das Recht als Ganzes im größeren Ganzen des Weltzusammenhangs habe (Rechtsphilosophie). Wie der Mensch, insbesondere der Jurist darüber denkt, das wird auf seine Anwendung des Rechts auch im einzelnen Falle Einfluß haben, weil das geistige Leben des Menschen eine unzerreißbare Einheit ist und sein soll. Der Schluß legt dar, in welcher Weise der Jurist nicht bloß als wissender, könnender Techniker, sondern als sittliche, edelwollende Persönlichkeit die Rechtsheimstätten der Menschheit baut.

I. Buch.

Das Recht in seiner geschichtlichen Erscheinung.

„Juristische Dialektik kann das Gegebene leicht mit gleicher logischer Schärfe selbst aus entgegengesetzten Prinzipien deduzieren. Das richtige Prinzip aber lehrt nicht die formale Jurisprudenz, sondern die Geschichte." Jellinek.

Erster Abschnitt.

§ 3. Entstehung und Entwicklung des Rechts.

1. Wie ist das Recht in die Welt gekommen? Frühere Zeiten hatten die Antwort auf diese Frage schnell bereit. Mit dem Sündenfall, sagt die ältere christliche Lehre durch den Mund Augustins; der zerbrach das Reich Gottes auf Erden, in dem die göttlichen Gebote allein herrschten, setzte das weltliche Reich und menschliche Normen voller Gebrechlichkeit und Unvollkommenheit an ihre Stelle; aber einst wird wieder die civitas terrena versinken, mit ihr das menschliche Recht; die civitas dei wird triumphieren in der Durchsetzung des allseligmachenden göttlichen Willens, an die Stelle der Bekämpfung des Unrechts wird seine Negation treten.

2. Die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts nahm das Recht für willkürliche Schöpfung, in

Parallele mit den damaligen Ansichten („Erfindertheorien") über die Entstehung von Sprache, Religion und Kunst. Die Menschen der Urzeit, sagte sie, kannten keine im strengen Sinne soziale Bindung des Zusammenlebens. Sie waren frei, ursprünglich vielleicht „wie im Äther der Gott", der Normen leicht entbehrend durch die Segnungen und Tugenden eines goldenen Zeitalters, oder, vielleicht von vornherein, sicherlich später, frei „wie das Tier der Wüste", nein sogar noch weniger gebunden als jenes, denn das wilde Tier schont seinesgleichen, aber des Menschen Wildheit macht vor dem Menschen nicht Halt: homo homini lupus. Jedoch die vernünftige Natur des Menschen widerstrebte auf die Dauer einem solchen Zustand. Der von Natur ihm eingepflanzte Geselligkeitstrieb (socialitas), dessen Dasein durch die Sprache aufs untrüglichste erwiesen wird — denn ohne Verkehr, also ohne gesellige Beziehung ist diese undenkbar — zwingt ihn, Anschluß an seinesgleichen zu suchen, der, um sicher zu sein, friedlich, also geordnet sein muß: das Bedürfnis der Geselligkeit führt zum Bedürfnis der Ordnung[1]). Die Grundlage des Geselligkeitstriebs aber bildet der Urtrieb aller Triebe, der Selbsterhaltungstrieb (philautia): Die stete Furcht ums nackte Leben macht den normenlosen Zustand unerträglich, sie treibt zuletzt die Menschen, den Geselligkeitsvertrag (contrat social) zu schließen, durch den sie sich aus dem freien status naturalis hinaus in den gebundenen status civilis begeben, sich Gesetze geben und eine Obrigkeit erwählen. Der Gesellschaftsvertrag bildet alsdann so wie den Entstehungsgrund, auch den Rechtsgrund alles gesetzlichen Zustandes, alles Rechtes. So stellte man das Recht dar als eine planvoll gemachte Erfindung, ähnlich wie man auch die Sprache, die Buchstabenschrift oder die Zahlen, die Dichtkunst, die Malerei, den Schiffs- und Häuserbau als von klugen Menschen in absichtsvollem Schaffen irgendwo erfunden wähnte und nur die Zeit und die näheren Umstände dieser Erfindungen noch näher erforschen zu müssen dachte. Die Vertragstheorie ist die Erfindertheorie im Recht.

3. All diese Spekulationen warf die moderne Wissenschaft über den Haufen. Ihre Resultate sind bescheidener,

[1]) Bereits Aristoteles tat den berühmten Ausspruch, der Mensch sei ein *ζῷον πολιτικόν*, d. h. ein zu geselliger Ordnung angelegtes Wesen.

weniger allgemein, aber sicherer, und nutzbarer für die Erklärung der Einzelerscheinungen. Sie hat sich zur direkten Umkehrung der bisherigen (naturrechtlichen) Hypothese verstehen müssen.

Die im 19. Jahrhundert zur Blüte gebrachte rechtsvergleichende, ethnologische und prähistorische Forschung, soweit sie immer vordrang, fand nirgends die Gattung Mensch anders als im sozialen Zusammenleben (ähnlich aber schon D. Hume). Diese negative Feststellung hätte freilich noch nicht genügt, um die heut herrschende (früher von dem einzigen Aristoteles gelehrte!) Anschauung, nach der die Urform der menschlichen Existenz die soziale ist, zu begründen. Denn nicht bloß leben — was allerdings wenig beweist — die nächsten tierischen Verwandten des Menschen in einer Verfassung, die wohl als unsoziale bezeichnet werden muß, sondern es zeigt sich auch, daß die sozialen Verkettungen der Menschen sich bisher stets vermehrt und verstärkt haben; es steht nach fast allgemeiner Überzeugung (Gegner: die Anarchisten) auch für die Zukunft die Fortdauer dieses Vorgangs in Aussicht. Diese auch der naturrechtlichen Geschichtsphilosophie bekannte Tatsache war ein starkes Bollwerk der alten Hypothese. Aber man machte doch in positiver Hinsicht die Entdeckung, daß der Mensch zwar, je weiter man in die primitive Kultur zurückgeht, um so weniger sozialen Verbänden angehört, aber diesen um so intensiver, daß auf früher Stufe seine Persönlichkeit ganz im Verbande aufgeht, daß das Individuum, wie wir es kennen, und wie die rationalistisch-naturrechtliche Vertrags- und Erfindertheorie es voraussetzt, erst eine späte Blüte vorgeschrittener Kultur ist.

Wenn aber gesellschaftliches Leben besteht, so ist damit zugleich gesagt, daß auch Normen da sein müssen. Soziales Leben ist begrifflich nur als ein durch Normen geregeltes Zusammenleben zu erklären. Auch die Gesetze der Imitation tragen die allgemeingültigen Formen ins Zusammenleben. Sogar bei den herdenmäßig und sonst symbiotisch vorkommenden Tieren ist etwas allgemeingültig das Leben der Gesamtheit Regelndes, etwas Normenartiges.

In früherer Zeit sogar als etwas Normgleiches betrachtet, als wirkliche Normen, wie sie auch die Menschen haben. Darauf gehen z. B. die Tierstrafen und Tierprozesse des Mittelalters zurück.

Die beiden Gesichtspunkte: Imitation und tierisches Geistesleben führen zurück auf den Ursprung auch der menschlichen Normensysteme, den Instinkt. Bei Mensch und Tier wird ein Betätigungsmodus, der sich zur Befriedigung irgend welchen Bedürfnisses als geeignet und förderlich erweist, zur Gewohnheit. Die Erlangung der Gewohnheit bedeutet eine nützliche Anpassung. Die gewohnheitsmäßige Betätigung ist nun doppelter Wandlung fähig: sie kann entweder mechanisiert, automatisiert, von über die Schwelle des Bewußtseins tretenden Motiven unabhängig werden, dann wird sie zur instinktiven; oder sie wird zur bewußten Übung als solcher, bei der auch das Bewußtsein der Gewohnheit vorliegt, und dabei außerdem noch das Bewußtsein, daß auch die Artgenossen die gleiche Gewohnheit haben: Brauch.

Im Brauch liegen die Keime, die Entwicklungsmöglichkeiten all der Normengruppen beieinander. Sie sind aber völlig undifferenziert darin enthalten wie im tierischen Ei die Teile des künftigen Lebewesens; Sitte, Sittlichkeit und Recht liegen in einem beschlossen, und mit ihnen zusammen auch noch die religiöse Wertung

der Handlungen. Eine jede Handlung ist religiös, sittenmäßig, sittlich und rechtlich zugleich erlaubt, oder ein Verstoß gegen Religion, Sitte, Sittlichkeit und Recht zugleich, ohne daß aber dem menschlichen Bewußtsein irgend eine Ahnung von der Scheidbarkeit dieser Dinge aufstiege. Die Psychologie des Zwangsbewußtseins (vgl. S. 18) ist eine ganz und gar einheitliche. Man hält meist die Sitte (und zwar stark religiös gefärbte Sitte) für dasjenige Element, das den Charakter dieses einfachen Normensystems für unser Verständnis am richtigsten bestimmt. Sitte ist mehr als Brauch, denn zu dem Bewußtsein „es ist Gewohnheit, daß ich so handle" und „die anderen handeln auch so", kommt das Bewußtsein hinzu: „es soll so sein". Im Laufe der Zeiten lösen sich dann aus der religiös gefärbten Sitte auch Recht und Sittlichkeit als selbständig im Bewußtsein der Völker lebende Normengruppen aus. Das religiöse Element klammert sich an die einzelnen Normengruppen in verschiedenen Weisen.

In der Welt der Normen, also in der sozialen Welt herrscht somit ein Gesetz der fortschreitenden Differenzierung ähnlich dem in der Biologie aufgefundenen Gesetz der fortschreitenden Differenzierung der Organismen.

An die zahlreichen Verzweigungen innerhalb des Rechtssystems, die das heutige Rechtsbewußtsein kennt, ist in der ersten Jugend des Rechtes nicht zu denken. Auch hier fließt alles in eins: öffentliches Recht und Privatrecht; kriminelles und bürgerliches Unrecht und mithin Strafrecht und Zivilrecht; ebenso demgemäß auch Strafprozeß und Zivilprozeß, ja selbst ein für uns so grundlegender Unterschied wie der zwischen

Rechtsgang und materiellem Recht ist unbemerkbar. Gar den Unterschied zwischen Recht und Unrecht selber finden wir verwischt, denn nur ganz undeutlich sind in der Frühzeit die Spuren, nach denen Selbsthilfe und Rechtsweg sich unterscheiden.

Für die erste Jugendzeit aller Völker lassen sich die folgenden Zustände erschließen. Sieht eine Gruppe sich von einer anderen in ihren Ansprüchen irgendwie beeinträchtigt — wir sprechen von Gruppen mit Hinweis auf die Bemerkung S. 35, der zufolge in primitiver Zeit das Individuum noch keine Geltung hat, worüber nähere Auskunft S. 51 — und die gekränkte fühlt sich stark, dann zieht sie in den Busch, überfällt einer schönen Nacht das Lager der anderen, setzt den roten Hahn auf die Dächer, tötet, verzehrt die Männer und nimmt die Frauen und was ihr sonst lieb, mit. Das ist die Urform des Prozesses, von der offenen Gewalt, vom Kriege, nicht zu unterscheiden. Das geht, bis aus der Verschmelzung der Urgruppen einigermaßen bedeutendere Verbände unter den Menschen entstehen. Ob diese Urgruppen durchgängig blutsverwandt bzw. auf dem Wege künstlicher Verwandtschaft (Adoption und Blutsbrüderschaft) ergänzt; ob also die Familie und gens diese Urgruppe, oder ob ihr zufällig zusammengewürfelte Horden, und innerhalb der ersten Organisationen vielleicht Altersklassen, Männerbunde, Frauengruppen, vorausgehen, ist zweifelhaft und möglicherweise lokal verschieden. Ist nun ein Stamm hervorgegangen, so läßt das gemeinsame Interesse am Frieden den bisherigen Zustand als unerträglich erscheinen. Es bahnt dem ersten Schritte von der Selbsthilfe zur Rechtshilfe, vom Kriege zum Rechtsgang den Weg. Der Stamm kann

sich mit einer der hadernden Gruppen identifizieren, die andere von sich ausschließen, wodurch diese von vornherein in Nachteil gerät; in der Regel ist Ausrottung der exkludierten Gruppe alsdann das Ende, falls sie nicht etwa bei andern Stämmen einen Rückhalt findet. Die Tatsache, daß zu den Vorteilen, nach denen die Gesamtheit ihr Verhalten richtet, in erster Linie auch die Gunst der Götter gehört, die man durch brauchwidrige, normwidrige, d. i. also irreligiöse, sittenwidrige, unsittliche, rechtswidrige Entschließung verscherzen würde, bildet den Hebel der ethischen Entwicklung und fügt es, daß die Parteinahme des Gemeinwesens immer mehr unparteiisch wird. Auf dieser Stufe fällt also auf das Verfahren des Gemeinwesens bereits ein Schimmer vom Wesen eines Justizakts. Ebenso, wenn das Gemeinwesen, von Gerechtigkeitserwägungen geleitet, gegenüber der Reaktion einer gekränkten Gruppe gegen eine andere sich neutral verhält, die „Fehde" duldet. Die Fälle der öffentlichen Fehdeduldung werden immer seltener, beschränken sich zuletzt auf Blutsachen und verschwinden schließlich ganz, was freilich in Deutschland erst zu Ende des Mittelalters geschah; anders als bei den Römern, die schon in den Anfängen ihrer Geschichte keine Fehde mehr kennen[1]).

Fehde und „Friedloslegung" (Exkludierung

[1]) Der Rechtsstreit ist also anfangs wirklicher Kampf, woran selbst im ältesten römischen Prozeß gewisse Formen noch deutlich erinnern. In der Fehde dauert er noch lange als solcher fort. Entsprechend dieser Tatsache und der sekundären, erst in später Zeit recht durchgreifenden Beteiligung des Gemeinwesens ist der frühere Prozeß allenthalben Anklage- oder Akkusationsprozeß, d. h. ein solcher, der nur durch Handlungen der Parteien eingeleitet und durchgeführt wird. Die Einführung des Untersuchungs- oder Inquisitionsprozesses, d. h. eines solchen den die Behörde von Amts wegen einleitet und durchführt, ist das Ergebnis einer hohen Stufe. Endlich Rückkehr zum Anklageprozeß.

vom Stamm) erstreckt sich schon früh nicht auf die ganze Gruppe, wenn diese den Schuldigen preisgibt. Ursprünglich wird sie allerdings danach gar nicht gefragt. Das Verfahren gegen einzelne ist analog dem gegen die Sippe; werden sie auf frischer Tat betroffen, so wird die Exekution schleunigst vollzogen („und das Volk führe ihn hinaus und steinige ihn"), gelingt es ihnen, in den Busch zu kommen, so sind sie als Feinde des Stammes, als „Werwölfe", vogelfrei.

Allmählich wird den Völkern klar, wie gemeinschädlich die fortwährenden Abschlachtungen von Menschen und Wüstungen von Gut sind, die Fehde und Friedlosigkeit mit sich bringen. Man läßt daher die Ablösung der Fehde bzw. der Friedlosigkeit durch Buße, sog. Wergeld oder compositio zu, das teils an die verletzte Sippe teils an das Gemeinwesen fällt. Aber weit entfernt, daß das Kompositionensystem die alte Praxis der Fehde und Friedloslegung sogleich verdränge, besteht sie vielmehr durch Jahrhunderte neben ihr. Bei den Deutschen fand Cäsar diesen Zustand, und noch im späten Mittelalter hielt er vor[1]). Mit dem Kompositionensystem ist der eigentliche Prozeß, der Rechtsgang gegeben. Denn jetzt erst ist das Hauptmerkmal des Rechtsverfahrens: Entscheidung des Streits unter Wahrung des Friedens durch die Mitwirkung des Gemeinwesens verwirklicht.

Wesentlich ist dabei die Entscheidung über das Streitinteresse, die Streitsumme. Ursprünglich ist diese wohl nirgends variabel, weil nämlich auch das Streitinteresse, das Streit-

[1]) In Rom zur Zeit der XII tab. Kompositionensystem neben wirklicher Strafverurteilung. (Unter den Strafen erinnert jedoch die aquae et ignis interdictio deutlichst an die ältere Friedloslegung.) An ersteres gemahnt das gangbare „poenas solvere" für „bestraft werden".

objekt bei primitivsten Anschauungen keiner verschiedenen Wertung unterliegt. Die Kränkung wird ins Auge gefaßt und weiter nichts. Ob es ein Totschlag war, ob Entführung eines Weibes, eines Kindes, Wegtreibung eines Viehs, Nichtzahlung einer Kaufsumme, eines Darlehns oder Nichtleistung aus irgend einem anderen Schuldverhältnis, ist ganz gleichgültig.

Für das objektive, ungewollte (Hegel „unbefangene") Unrecht hat der Sinn des Wilden kein Verständnis, alles wird ihm zum subjektiven, gewollten Unrecht, zum Delikt, so wie das Kind die Verletzung, die es sich an einem toten Gebrauchsgegenstand zuzieht, der bösen Absicht dieses Gegenstands zur Last legt und ihn züchtigt. Alles Unrecht und alles Rechtswesen rückt somit unter einen kriminellen Gesichtspunkt. Zivilrecht und Strafrecht sind, wie schon bemerkt, ungeschieden, aber die Normenwelt, die die ungetrennten Keime in sich faßt, ist ihrer Färbung nach entschieden strafrechtlich.

Jhering, der diese Dinge in seinem „Schuldmoment im röm. Recht" unübertrefflich klar auseinandergesetzt hat, konnte sagen, das Strafrecht sei der Keim des Rechts und die Rechtsgeschichte die stete Verdrängung des Strafrechts. In Rom hatten nach dem Gesetze der 12 Tafeln die Konkursgläubiger das Recht, den zahlungsunfähigen Schuldner in Stücke zu schneiden. Dabei liefen sie nicht einmal die Gefahr, der Shylock unterliegen sollte: „Si plus minusve secuerint, sine fraude esto." Noch im späten römischen Recht ist bei vier Klagen, den Klagen aus Auftrag (mandatum), Vormundschaft (tutela), Gesellschaftsverhältnis (societas) und Verwahrungsvertrag (depositum) die Erinnerung daran festgehalten, daß sie ursprünglich nicht Klagen aus Vertrag, sondern wegen unerlaubter Handlung waren, indem der Verurteilte der Infamie verfiel.

Man sieht, wie noch im älteren Rechtsbewußtsein die Begriffe „Schuld" als Leistungspflicht (obligatio, vgl. Teil II) und „Schuld" als schädliche Willensrichtung (dolus, culpa) beieinander liegen, wie ihm „Schuldner" und „Schuldiger" dasselbe ist.

Einst lagen auch formelles und materielles Recht, ohne deren Trennung wir Heutigen uns die Rechtsordnung kaum vorstellen können, undifferenziert beieinander. Am ehesten läßt sich's am Strafrecht klar machen. Der Strafvollzug kann als Teil des Strafverfahrens gedacht werden, dann ordnen sich die materiellen Sätze über die Strafwürdigkeit als Sätze über die Abstufungen im Strafvollzuge bequem dem Prozeßrecht ein.

So ist noch die „Peinliche Gerichtsordnung" Karls V. ein Strafprozeßbuch, in dem das materielle Strafrecht nur als ein Teil der Strafvollzugsregeln angeführt ist. Nun ist Zivilrecht und Strafrecht in primitiver Zeit ungeschieden, der Rechtsgang einheitlich, ohne Trennung in Straf- und Zivilprozeß, und das ganze vorwiegend kriminalistischer Färbung. Immer tritt der Strafvollzug ein, wenn der Schuldige die Sühnesumme nicht zahlt, weil er nicht will, nicht kann oder nicht dazu verstattet wird. Sonst steht eben an Stelle der Exekution die Zahlung der Sühnesumme als ein Prozeßakt. Es wird nicht gefragt: „Ist die Sache Eigentum des Klägers" oder „hat Kläger Beklagtem 100 als Darlehen gegeben?" sondern einfach: „muß Beklagter dem Kläger die Sache" bzw. „muß er ihm 100 geben?" Ins Auge gefaßt werden also nur Rechtsregeln, Rechtsbefehle. Erst daraus, daß für typisch wiederkehrende Vorgänge und Gegenstände, vor allem für Erstattungsobjekte, bestimmte abstrakte Namen aufkommen, entstehen Rechtsbegriffe im eigentlichen, prägnanten Sinne und damit gleichzeitig die Unterlage für die Unterscheidung des materiellen Rechtsverhältnisses vom Verfahren, vom Streitverhältnis[1]).

Ebendamit vollzieht sich auch erst die Differenzierung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Denn solange

---

[1]) An die Auswicklung des materiellen Rechts aus dem formellen und an die mit ihr, wie diese Darstellung lehrt, in engem Zusammenhang stehende des Privatrechts aus dem öffentlichen knüpft mithin die Möglichkeit der Entstehung von Rechtswissenschaft an (weil nämlich Wissenschaft mit Begriffssystemen arbeitet). Privatrechtswissenschaft ist der älteste und heute noch bei weitem vorgeschrittenste Teil der Jurisprudenz. Vgl. auch Sternberg, Aktionenwissenschaft und Prozeßwissenschaft. 1908.

materielles und formelles beisammen ruhten, gab der von ihnen gebildeten Einheit das formelle Recht die Farbe. Formelles Recht aber ist immer öffentliches Recht. Das Interesse der Gesamtheit verschattet in ihm das private, die Friedewirkung die Gerechtigkeitswirkung. Dies entspricht dem Laufe der Dinge, da das Individuum selbst erst mit der Zeit aus dem Verbande sich emporhebt. Je mehr es sich ausbildet, desto mehr wünscht es auch seine Einzelinteressen durchzusetzen. Was früher gerecht war, weil Friede und Sicherheit daraus resultierten, empfindet es in einem gegebenen Zeitpunkt als drückend, obwohl Friede und Sicherheit dadurch erblühten. Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage. Das Recht steht vor der großen Aufgabe, seine Gerechtigkeitswirkung zu gunsten des einzelnen zu vergrößern, ohne seine Friedewirkung, die der Gesamtheit dient, zu mindern. Es zeigt sich aber, daß die rechte Erfüllung jener Forderung zugleich diese stärkt, weil, je gerechter ein Recht ist, um so weniger die Rechtsgenossen zur Unzufriedenheit Anlaß haben. Iustitia fundamentum regnorum.

Noch ist den Gründen der einen Tatsache nachzugehen, die offenbar für die besonders grundlegenden Verschmelzungen, selbst die von öffentlichem und Privatrecht, von materiellem Recht und Rechtsgang bestimmend ist, nämlich die Verschmelzung (Undifferenziertheit) von kriminellem und bürgerlichem Unrecht und die entsprechende von Strafrecht und Zivilrecht. Es bleibt modernem Empfinden verwunderlich, wie irgend eine Zeit zur Realisierung ziviler Ansprüche keinen andern Weg kennen sollte als die Strafklage. Es ist uns geläufig, daß derartige Ansprüche in dem vorangegangenen Rechtsgeschäft ihre Begründung finden. Aber das Rechtsgeschäft selber ist eben primitiven Zeiten etwas Fremdes. Und als seine Keime emporzuwachsen beginnen, da bleibt noch lange die eine wichtige Form der Verkehrsgeschäfte, die Kreditgeschäfte unbekannt, aus denen heraus der Anstoß zur Bildung des Kerns alles bürgerlichen

Rechts, des Schuldrechts, und zur Differenzierung des Schuldrechts gegenüber dem Strafrecht hervorgegangen ist. Vielmehr gibt es zuerst nur Bargeschäfte, mit Hingabe Zug um Zug; die Hingabe gegen erst zu erwartende Erstattung ist dem Sinne des Wilden was viel zu Kompliziertes, zumal die Erfüllung bei den herrschenden Rechtszuständen so grenzenlos unsicher! Er wittert dabei nur Betrugsabsicht. Deshalb finden auch die Bargeschäfte meist unter Kenntnisnahme des ganzen Stammes, in der Volksversammlung, statt: das Rechtsgeschäft ist einem Sondergesetz völlig gleich; und beide werden als dasselbe empfunden. Noch im ausgebildeten römischen Recht, als längst die Begriffe musterhaft differenziert sind, heißt die rechtsgeschäftliche Bestimmung vielfach „lex". Mit der Zeit reduziert sich zwar die Assistenz der Volksversammlung auf die von Zeugen, und wird das Kreditgeschäft dergestalt aus dem Bargeschäft entwickelt, daß der Schuldner das Schuldobjekt im Wege eines Scheinkaufs gegen Hingabe eines Scheinpreises — „nummo uno" — erhält. Aber es bleibt doch sehr lange wesentlich, daß die Gesamtheit oder eine Reihe gezogener Zeugen um die Transaktion weiß. Wer ohne solches Mitwissen etwas hat, dem glaubt man nicht, daß er es rechtmäßig habe; und ebensowenig nimmt man die Rechtmäßigkeit eines Erwerbes an, bei dem nicht die Hingabe eines Entgelts der Gesamtheit oder einer Zeugenschaft kund geworden. Gratis-Erwerb und dieblicher Erwerb sind für primitives Rechtsbewußtsein ununterscheidbar, weshalb es z. B. auf niedrigen Kulturstufen keine Schenkung gibt.

Das Mitwissen dient dem prozessualen Beweis, doch in der Hauptsache ist dieser zunächst Gottes-

beweis. Die Gottheit wird von der Partei im Wege der Selbstverfluchung angerufen, sie zu verderben, wenn sie im Unrecht sei. Aus der Selbstverfluchung stammt der noch heute für unentbehrlich gehaltene Eid her. Die Partei kann den Glauben an die Ehrlichkeit ihrer Selbstverfluchung, mithin ihren Beweis, nötigenfalls verstärken, indem sie sich einer unmittelbaren Lebensgefahr aussetzt, d. h. sie schreitet zur Gottesprobe (Gottesurteil, Ordal). Die üblichsten Ordalien sind Feuerprobe und Wasserprobe in verschiedenen Gestalten, aber auch Giftordal, Bestienordal, Wage- und Losordal.

Der Zweikampf, der ebenfalls unter den Ordalien genannt wird, hat eine doppelte Wurzel: er steht in erster Linie wohl mit der Fehde in Zusammenhang, als deren in Formen gepreßter Überrest[1]), doch gesellt sich einem solchen Zufallsspiel wie der Zweikampf zu sein pflegt, von selber leicht die Meinung zu, daß in der Entscheidung die Gottheit spräche. Das Eidverfahren erinnert noch vielfach an die alte Kampfnatur des Prozesses, indem mit jedem Streitteil seine Gesippen und wer sonst zu ihm halte, als „Eideshelfer" schwören, so wie sie einst als Waffenhelfer für ihn eintraten und noch, wenn statt durch Rechtsgang durch Fehde die Sache zur Erledigung käme, für ihn eintreten würden.

In primitiver Zeit wird also durch den Beweis nicht eine organische Überzeugung von den Tatsachen, eine materielle Wahrheit erzielt, sondern es reicht aus, wenn gewissen Beweisesformen Genüge getan, eine formelle Wahrheit erzielt ist. In solchen Zeiten besteht also ein formales Beweisverfahren; erst eine spätere Stufe ringt sich zum materiellen Beweisverfahren durch.

---

[1]) Zeitlich liegen die Dinge aber so, daß meistens durch Jahrhundert Fehde und Zweikampfordal als zwei gänzlich gesonderte Rechtsinstitut nebeneinander fortbestehen

Denn in Begriffen und vielverschlungenen Gedankenketten denken, wie es jede nur ein wenig verwickelte Prozeßsache fordert, gelingt den Menschen nicht so bald. Erst der Kulturmensch ist Denkmensch, der Naturmensch aber Sinnenmensch. Er arbeitet nicht so mit dem Verstande als mit dem Gedächtnis, denkt nicht in abstrakten Begriffen, sondern sinnt in konkreten, plastischen Bildern.

Danach gestaltet sich bei ihm nicht bloß der Beweis, sondern jegliches Rechtsverfahren. Und neben dem Mitwissen der Gesamtheit oder einer Zeugenschaft ist die Formgerechtigkeit das sicherste Mittel zur Erhärtung der Rechtmäßigkeit eines Vorgangs. Auf sie muß sich daher immer jenes Mitwissen erstrecken. Jede Handlung ist gültig, die in der durch Tradition geheiligten Form vollzogen wurde, jede andere nicht. Jede Prozedur vollzieht sich nach strengen Regeln. Wer klagt, hat noch in ziemlich später Zeit wörtlich die uralte Klagformel herzusagen, eventuell mit hergebrachten Manipulationen zu begleiten, der Gegner in der Antwort dieselbe Formel, nur in negativer Form, zu wiederholen[1]); wer sich verspricht, hat verspielt, und ebenso hat verspielt, wer irrtümlich mehr einklagt, als ihm zukommt (plus petitio); daß der Richter, wie es heute geschieht, das Zuviel einfach abstreichen kann, kommt niemand in den Sinn: der Kläger hat, so sagt man sich, nicht das gefordert, was ihm zukommt, sondern ein anderes, also muß er abgewiesen werden. Sein Irrtum scheint sträflicher Betrugsversuch.

Die Form ist auf einer frühen Stufe nützlich, da sie geordnete Rechtsverfolgung bei noch unentwickeltem begrifflichen Denken allein ermöglicht, aber andrerseits ist sie ein großes Hemmnis für die Rechtsentwicklung. Überaus zäh hängen die Menschen an ihr. Durch Erschleichungen, Umgehungen, Verdrehungen des Sinns muß der Fortschritt im Recht sich helfen; alles wird möglich gemacht, wenn nur das

---

[1]) Im Rom der ältesten Zeit wurde z. B. abgewiesen, wer „de vitibus succisis" klagte, weil es eine traditionelle Klagformel nur „de arboribus succisis" gab. Erst später wurde auch eine Klage de vitibus succisis eingerichtet.

Heiligtum der Form unangetastet bleibt[1]). Die feste Wurzelung der Form findet ihre Erklärung darin, daß fast durchweg die Formen nicht teleologisch ausgeklügelte und erlernte sind. Vielmehr untersteht das Handeln des Naturmenschen einem spontanen Typismus gemäß seiner geringen gedanklichen Übung und der Zurückdrängung des individuellen Elements. Die Gleichförmigkeit der menschlichen Handlungen verliert sich erst im Emporkommen der Individualität. Sehr bedeutsam ist dabei auch die nur allmähliche Differenzierung von Recht und Sitte. Schon dadurch, daß sie Sitte ist, ist die typische Form der Rechtshandlung dem Naturmenschen geläufig, wie uns die Begrüßungsformen, die wir mit unseren Bekannten wechseln. Nun kommt dazu, daß die Rechtsform auch noch durchgängig zugleich religiöse Form und plastisch-poetische Form ist; alle älteste Rechtshandlung ist mimisch, mitunter selbst musikalisch, und jeglicher älteste Rechtssatz poetisch geformt[2]).

4. Alle jungen Rechte sind dergestalt im Formalismus befangen. Das Wesen alles Formalismus ist: es wird über der Schale der Inhalt vergessen: es verschwindet im Bewußtsein der Zweck des Handelns vor der überlieferten Form der Handlung oder vor dem Begriff, der Sinn vor dem Worte. Aber der eine Formalismus, derjenige der Rechte primitiver Kultur, hat seinen Grund, wie gezeigt, in ungelenker geistiger Verfassung; es ist keine Wissenschaft da, die gedanklich stets erneuerbare Zusammenhänge an die Hand gibt; sondern bloß die plastische Form, deren Äußerlichkeiten im Gedächtnis haften bleiben, bewirkt und bewahrt die Rechtssicherheit. Die andere Art des Formalismus hingegen, in entwickelten Rechten vorwiegend, stellt sich dar als ein Auswuchs rechtswissenschaftlicher Tätigkeit, als die Überspannung

---

[1]) Ein schönes Beispiel ist die oben angedeutete Entwicklung des Kreditgeschäfts aus dem Bargeschäft. — Übrigens ist doch auch in einem Sinne die Form Helferin zum rechtlichen Fortschritt, insofern es nämlich Bräuche zu beseitigen gilt, die erhöhtes ethisches Feingefühl als Mißbräuche erkennt. Denn dadurch, daß man sie in Formen einschnürt, läßt sich eine Handlung auch erschweren. So vollzieht sich das Verschwinden des Kindesaussetzungsrechts im römischen und vielen anderen Rechten in der Weise, daß seine Ausübung immer mehr an Formen gebunden wird, bis unter dem Einflusse einer ethischen Religion, wie z. B. des Christentums, das Verbot ergeht. Ähnlich die Fehde erst geförmelt, dann unterdrückt.

[2]) Vgl. auch Haberlandt, Völkerkunde, Samml. Göschen, Nr. 73 und Achelis, Soziologie, Samml. Göschen, Nr. 101.

logischen Konstruierens. Der Formalismus der primitiven Rechte ist der Ausfluß naiver Unbeholfenheit, der des entwickelten Rechts ein Werk der Tüftelei[1]). Fetischismus beide, das eine Naturfetischismus, das andre Wortfetischismus. Das eine Glaube an die Gebotenheit und Zaubermacht äußerer Handlung und Naturgeschehens, das andre an die Gebotenheit und Zaubermacht des Worts, sofern es „Begriff" sei und des logischen Zusammenhangens und Operierens. In dem einen ist es gedankenlose Übung des Hergebrachten, in dem anderen der Begriff, was den Zweck der Normen verschleiert. Da im ersten Falle das Bedürfnis sinnlicher Anschauung, im anderen ein gedankliches Extrem den Formalismus verschuldet, so kann man die beiden Arten, die wir bisher nur historisch (als Formalismus des primitiven und des entwickelten Rechts) unterscheiden konnten, systematisch als ästhetisch-symbolischen und als logischen[2]) Formalismus bezeichnen. Da ferner der eine sein Wesen aus der ursprünglichen Verquickung mit der Sitte herleitet, (er verschwindet deshalb in dem Maße wie die Differenzierung von Recht und Sitte sich vollzieht), dagegen der andere nur möglich ist, wo das Recht von der Sitte geschieden ist, und auf der Eigentümlichkeit logischer Verarbeitungsfähigkeit ruht, die gerade das Recht vor der Sitte auszeichnet, so kann man die beiden Arten auch als Sittenformalismus und Rechtsformalismus unterscheiden. Wir werden keiner der Terminologien den Vorzug geben, sondern stets ausführlich: „ästhetisch-symbolischer[3]) oder Sittenformalismus" und „logischer oder Rechtsformalismus" sagen.

Je mehr die denkende Vernunft im Recht ihre Macht ausbreitet, desto mehr entkleidet sich die Form der Rechtshand-

---

[1]) Diese gefällt sich in schematischen Subsumtionen, während ihr der Zweckgedanke verloren geht, der in der imperativischen Norm, so sehr diese auch Willkürgebot sein und Gehorsam heischen mag, nicht weil sie zweckmäßig, sondern weil sie Norm ist, sich lebendiger hält als im bloßen Begriff, in dem er leicht ganz verblaßt. (Jhering.)

[2]) Diese Bezeichnung ist noch aus anderem Grunde gerechtfertigt. Vgl. S. 121.

[3]) Den Formen des ästhetisch-symbolischen Formalismus kommt ein ästhetischer Gefühlswert zu. Man wird, dem Charakter des Rechtes gemäß, zunächst an Ernst und Feierlichkeit denken. Aber das Heitere ist keineswegs ausgeschlossen (vgl. insbes Gierke, Humor im Recht). Auf frühen Stufen sind sogar Rechtsformen orgiastischer Natur zu beobachten.

lungen des plastischen, sinnenfälligen Zeremoniells und hüllt sich in das schmucklosere Gewand des Wortes. Die Entwickelung vollzieht sich so, daß die die symbolischen Handlungen begleitende Rede immer mehr in den Vordergrund tritt. Am Ende verblassen diese ganz, verschwinden schließlich. Das Maßgebende bleibt der in altüberlieferter festbestimmter Wortform gehaltene Vortrag. Insofern fällt das Zeremoniell nicht, als die bestimmte Wortform (certa verba)[1]) zunächst unumgängliches Erfordernis bleibt. Man nennt bestimmte Worte, in denen ein Geistesinhalt (z. B. zum Zwecke der Gedächtnissicherung) ausgedrückt wird, eine Formel. Formeln entfalten im Recht unabsehbare Wirksamkeit in zweierlei Gestalt. In der älteren Formel ist, wie bemerkt, die bestimmte Wortform unerläßliches Erfordernis, deren Fehlen den Akt ungültig macht. Die Formel selbst ist die gesetzliche Form des Aktes; wir können diese Art als „Form-Formel" bezeichnen. Erst in langsamer Entwicklung werden gewisse Variationen der Worte, die man als unschädlich erkennt, zugelassen (vgl. das Beispiel der arbores und vites succisae S. 46); damit beginnt der Verfall der Formformel; sie hat die Vorstufe gebildet, auf der eine mit der logischen Kombination der Begriffe — als breviloquistischer und ästhetisch wertvoller, „feiner" Einkleidung der (teleologischen) Kombination der Zwecke (Abwägung der Interessen) — in Freiheit vom Worte waltende Rechtspflege sich erheben kann.

Doch bleibt formelmäßige Ausprägung der Rechtshandlungen (insbesondere in den Protokollen und sonstigen Urkunden) nützlich, da sie dem Gedächtnis bequem, dem Betriebe der Geschäfte nützlich ist, Parteien und Behörden die Arbeit erleichtert. Man hält sie also vielfach fest, auch wo sie gar nicht vorgeschrieben ist und gelangt so zum Formular. Die Formular-Formel hat ihre Eigenart, die sie von der Formformel scheidet, darin, daß man sie anwendet, wenn es bequem erscheint, die Gültigkeit des Aktes aber in keiner Weise an sie gebunden ist. Die Form spielt im heutigen Rechte keineswegs eine wich-

[1]) Die Bestimmtheit der Worte, dann aber auch besondere meist archaistisch-ehrwürdige oder religiös-poetische Färbung pflegen ihnen insgemein einen Anstrich der Feierlichkeit zu geben, so daß sie meist als certa et solennia verba auftreten. Feierlichkeit ist überhaupt etwas für Rechtsformen so Charakteristisches (S. 48 N. 3), daß man jede einigermaßen bedeutsame gesetzliche Formalität als „Solennitätsakt" bezeichnen kann. Die Formen der Solennitätsakte greifen teilweise auf uralte Symbolik zurück.

tige Rolle, außer in ihrer allgemeinen Funktion als Stütze des Gedächtnisses, d. h. als Beweissicherung, in der ferneren Funktion als Kunstmittel zur Hemmung oder Beschleunigung des Verkehrs. Die für letzten Willen, Schenkungen, Übertragung eines ganzen Vermögens obligatorische Schriftform hemmt den Leichtsinn, die Schriftform des Wechsels steigert die bequeme Eintreibbarkeit und so die Sicherheit von Schuldversprechungen, beflügelt damit den Kredit[1]). Das Material an vorhandenen Formularformeln stammt teilweise noch aus den Rüstkammern alten Rechtszeremoniells[2]), sonst wird es in Privatarbeiten oder amtlich in künstlicher Gedankenarbeit hergestellt.

5. a) Die Rechtsentwicklung ist die Entwicklung der Gesellschaft, in der das Recht herrscht. Die Gesellschaft ist der Inbegriff der menschlichen Verbände, mögen sie nun auf dem Rechte, der Sittlichkeit oder der bloßen Sitte beruhen. Ursprünglich gibt es nur sehr wenige der Qualität nach verschiedene Verbände, die aber das Individuum ganz in sich gefesselt halten, dergestalt, daß alle kulturelle (geistige) Betätigung im Rahmen des einen, kleinen, wenige Menschen umfassenden Verbandes sich abspielt. Durch Verschmelzung der kleinen Verbände entstehen größere. Die Zahl der Verbände sinkt damit nicht, sie steigt vielmehr. Das Bedürfnis, das zur Vereinigung getrieben, liegt in der Erstarkung des Individuums, das größere Tätigkeitsfelder sucht. Das schließt in sich, daß die Kulturtätigkeit intensiver und mannigfaltiger geworden, insbesondere aber auch mehr verteilt worden ist; es bedarf dann zur Befriedigung all der neu erwach-

---

[1]) Von eigentlichen Formformeln ist nur wenig erhalten. Am wichtigsten die verschiedenen Eidesformeln, die übrigens als Akte besonderer Solennität auch noch einen Rest symbolischen Zeremoniells (das Erheben der rechten Hand) in nebensächlicher Bedeutung bewahrt haben.

[2]) Häufig verblassen Formformeln zu Formularformeln (z. B. das Valutabekenntnis auf dem Wechsel). Selten, aber nicht ausgeschlossen, ist die Erhebung von Formularformeln zu Formformeln.

senen Interessen auch neuer speziellerer Verbände. Und so geht mit der Synthese stetig die Differenzierung Hand in Hand.

b) Noch im Stamm bildet die Sippe eine festgeschlossene Einheit, deren Kitt die Blutsverwandtschaft abgibt. Sie bildet eine Kultgemeinschaft für sich mit teilweise eigenen Göttern, insbesondere natürlich soweit der Ahnenkultus reicht. Sie bildet auch eine Wirtschaftsgemeinschaft zu gemeinsamer Produktion und Konsumtion und gemeinsamem Eigentum. Vielfach bewahrt sie noch besondere Bräuche und in gewissen Beziehungen besondere Lebensanschauungen. Die Familienähnlichkeit ist nicht bloß für das Äußere, sondern auch für den Charakter sehr groß zu denken und bewirkt einen starken Typismus in den Handlungen. Demgemäß ist auch, was der einzelne tut, Handlung der Gruppe. Was aus der Handlung erworben wird, kommt der Gruppe zu. Andererseits muß sie auch für dieselbe einstehen, eventuell büßen.

Dem kollektiven Dasein entspricht ein kollektiver Name. Der Name ist kein Begriffsname, sondern ein Bildname, fast immer ein Tiername. Die Gruppe heißt z. B. „Schildkröte". „Schildkröte hat das und das getan" heißt dann soviel wie: „ein Krieger aus der Gruppe Schildkröte hat es getan" oder „die Gruppe hat es getan"; es wird in den ältesten Zeiten dazwischen wenig Unterschied empfunden. Das Bild des Tiers wird von den Mitgliedern tätowiert getragen und auch sonst noch in Kleidung und Schmuck versinnbildlicht (z. B. in der Form der Skalplocken bei den nordamerikanischen Indianern). Die Gruppe sieht in dem Tiere eine lebendige Persönlichkeit, der göttliche Verehrung zukommt und fühlt sich Geist von seinem Geiste. Man nennt es Totem nach dem Worte der Indianer, bei denen der Totemismus, in seiner religiösen Bedeutung (Tierkult) auch „Zoomorphismus" genannt, zuerst beobachtet wurde. Der Wolfstotem einer latinischen Horde ist das Wahrzeichen des größten Rechtsvolks

geworden. Auch andere Gruppen: Männerbunde, Frauengemeinschaften, sakralmilitärische Jünglingsverbände, endlich Standesverbände der Priester-, Krieger- und sonstigen Kasten tauchen im Stamme auf. Aus ihnen und den Erbengemeinschaften entwickelt sich das Gesellschaftsrecht, indem das Element der Verwandtschaft allmählich zurücktritt. Noch die römische Gesellschaft (societas) fordert „fraternitas" der Gesellschafter (Leist). Wappen, Feldzeichen u. dgl. sind Überreste der Totems.

Neben dem Totem als Gemeingeist gibt es Geister des Einzelnen (ein „Manitou" oder mehrere θέμιστες, Holdechen, Wichteln); durch die Pflicht des Gehorsams gegen ihre Einflüsterungen (zuerst sehr sinnlich als Windeswehen, Blätterrauschen gedacht) rechtfertigt der einzelne die Entschließungen seines Sonderwillens. Dies ist der Beginn, das erste Bewußtsein der sittlich-rechtlichen Individualität, die aus dem Bann der sozialen Sitte heraustritt. Natürlich gelten die θέμιστες oder der Manitou eines Häuptlings mehr als die eines Geringen ... bis zu ausschließlicher Autorität. An sie knüpft das Orakelwesen an, das im Recht eine große Rolle spielte, besonders bei den alten Ägyptern und Semiten (I. Mos. 21, 6; 22, 8 [9]; 28, 15—30; III. Mos. 3—8). Im Siege meines Losstäbchens siegt meine persönliche Eingebung, meine Geister, meine Persönlichkeit, mein subjektives Recht.

Wie der Totem die Idee der Gesamtheit und Gebundenheit, der Manitou oder die θέμιστες die der Einzelpersönlichkeit und der Freiheit des subjektiven Seins darstellt, so ein drittes Requisit des Geisterkults (Animismus) die Ordnung und das gesicherte Haben. Die Furcht des einzelnen vor einem fremden Geist, sei es einem Fetisch, Totem oder Manitou, gibt den von diesen ergriffenen Gegenständen das „Tabu" (polynesisch) oder die „Sacertät" (römisch). Sie werden für Fremde unantastbar, ihren Inhabern wird ausschließliche Herrschaft über sie zuteil. Besitz ist also ursprünglich geradezu Besessenheit. Auch Orte sind des Tabu teilhaftig (Asyle), Zeiten (Sabbat, dies nefasti), Handlungen (das Diner des Häuptlings; niemand darf zusehen). So kommt Eigentum auf, gewiß zuerst nur als bewunderter Luxusgegenstand und Machtattribut des Häuptlings; ferner die Vorstellung der Norm, des objektiven Rechts.

Ein viertes Stück des Animismus, der Blutglaube, regiert den Verkehr. Im Blut sieht der Naturmensch die Seele und ihre Geisterkraft (eher als im Atem). Durch das Blutsymbol hindurch ergeht der familienrechtliche Verkehr (Adoption, Blutsbrüderschaft [1]), der schuldrechtliche (Blutbesiegelung der Verträge) und der Unrechtsverkehr (Blutrache, Rest kannibalischen Bluttrinkens). Es besteht die Vorstellung, daß der Geist jemandes, der sich Blut des andern einverleibt, dadurch Herrschaft über dessen Geist erlangt.

c) Die pimitive Horde, der schwache, umherirrende Urverband, in dessen Form z. B. heut noch Buschmänner, Weddas und etliche Aussralneger leben, bewahrt nach außen spröde Abgeschlossenheit; desgleichen tut der Stamm. Mit allen anderen Horden bzw. Stämmen ewiger Kriegszustand; „Fremder" ist „Feind". (Lat. hostis und deutsch „Gast" in der Wurzel identisch.) Ein Vertrauensverhältnis zwischen Angehörigen verschiedener Stämme ist nur

---

[1]) Der Begriff ursprünglicher „Blutsverwandtschaft" (consanguinitas) ruht natürlich auf der (bei den Indern noch in hochentwickelten Philosophien anzutreffenden) Vorstellung, die Leibesfrucht entstehe aus Menstrualblut. Familienverfassung der Vorzeit: Ursprünglich scheint innerhalb der Horden Hetärismus oder Gesamtehe zu herrschen, d. h. alle Männer sind mit allen Frauen in Geschlechtsgemeinschaft, und zwar ausschließlich, d. h. durchaus nicht mit Angehörigen anderer Gruppen. (Endogamie.) In der Stammesverfassung zuerst Gruppenehe, d. h. alle Männer eines Totems nehmen alle Frauen eines anderen in Besitz — mit Exogamie, d. h. Geschlechtsgemeinschaft nur zwischen Mitgliedern verschiedener Gruppen. Bei solchen Zuständen ist natürlich die Paternitätsfrage unlösbar und werden alle Verwandtschaftsverhältnisse nur in der weiblichen Linie gerechnet. Respektsperson ist der Mutterbruder, nicht der Vater (Avunkulat), Erbe der Häuptlingswürde nicht der Sohn, sondern der Schwestersohn usw. Man heißt diese ganze Familienverfassung „Mutterrecht". Sie findet sich noch heute bei manchen wilden, Erinnerungen an sie bei zahlreichen halbkultivierten Völkern. Erst spät entsteht das „Vaterrecht", zuerst polygam, später monogam, bei dem die Frauen (mehrere oder eine) ausschließlich einem Manne gehören. Die Verwandtschaft wird nun zunächst nach dem Mannesstamme allein gezählt (Agnatisches System, so das römische ius Quiritium und das älteste deutsche Recht), erst später in Mannes- und Weiberstamm (kognatisches System), wie denn schließlich bei Hebung der Stellung der Frau das Vaterrecht durch Elternrecht ersetzt wird. Dem Vaterrecht, namentlich dem frühen, ist eine unumschränkte Gewalt des pater familias gegen die Hausangehörigen, mit ius vitae et necis, eigentümlich; besonders zähe hat es sich in der römischen patria potestas erhalten.

möglich durch *a*) (mehr oder minder vollkommene, dauernde oder vorübergehende) Aufnahme des Fremden in den Stammesverband, *β*) das Institut der Gastfreundschaft, *γ*) Waren- und Weiberaustausch statt durch Raub (und „Krieg") durch friedlichen Kauf (commercium und conubium), erst unter Abwesenden durch Niederlegen der Gegenstände im tabu der Grenzgottheit (Terminus) oder, wenn die Gefahr auflodernden Hasses beim gegenseitigen Anblick Stammfremder vermindert, unter Anwesenden auf Märkten, oft unter Totemverschwisterung und Aufrichtung gemeinsamen Heiligtums beider Stämme. Auch in dem nächsthöheren Stadium dauern diese Zustände vorläufig fort.

d) Es ist das Stadium der Völkerschaft (civitas) entstanden aus der Zusammensiedelung mehrerer Stämme (Synoikismus), auch wohl aus starker Ausbreitung eines Stammes. Im Völkerschaftsstadium dämmert das Licht der Geschichte. Die Völkerschaften sind die bewußten politischen Einheiten bei den Galliern und den Germanen in cäsarianischer und taciteischer Zeit, ebenso wohl bei den Italikern im Beginn ihrer Geschichte, bei den Israeliten usw. Diese gleichwie auch die meisten der bedeutenden hellenischen Völkerschaften haben das Gedächtnis an den Synoikismus in ihren Stammsagen bewahrt. Der Eintritt in die Geschichte knüpft sich deshalb an die Erreichung des Völkerschaftsstadiums, weil die Völkerschaft zuerst einen mehr als rudimentären Staat zu bilden imstande ist. Wir finden ihn bei Griechen und Italikern als πόλις oder Stadtstaat, bei Kelten und Germanen als Flächen- oder Territorialstaat. Wiewohl im Völkerschaftsstadium zum mindesten in reiferer Zeit bereits der Friedensstand dem menschlichen Bewußtsein als Regel gilt, so hören doch tatsächlich die Kriege nie auf; die einzelnen Völkerschaften suchen einander den Rang abzulaufen; jede strebt alle anderen zu unterjochen. In dieser Weise aber bahnt sich die Verschmelzung der Völkerschaften zu nationalen Staaten an. Sie gelang bekanntlich den Griechen nur unvollkommen, den Römern gut, wie sie bedeutenden Nationen Vorder- und

Ostasiens schon in sehr früher Zeit gelungen ist. Sie erfüllt aber auch diejenige Völkergeschichte, die wir als die mittelalterliche und neuzeitliche zu bezeichnen gewohnt sind.

Mehrmals schon hat auch die Entwicklung einen Anlauf zur Herstellung übernationaler Verbände mit staatlicher Machtfülle genommen, z. B. im Römerreich und seinen Fortsetzungen, der römischen Kirche und dem römischen Reiche Deutscher Nation[1]), ähnlich auch in den islamitischen Kalifenreichen, aber sie waren vorzeitig und auf die Dauer nicht lebensfähig. Das Stadium des nationalen Staates muß durchgekämpft und in seiner kulturellen Mission erschöpft werden, ehe es Umfassenderem Platz machen kann. Diese Mission hat sich als eine so große erwiesen, daß heutzutage manche Geschichts- und Rechtsgelehrte den nationalen Staat als Ziel jeglicher Entwicklung ansehen und darüber des Humanitätsideals völlig vergessen.

e) Während die Zahl der Horden und Stämme unter den Menschen unübersehbar, die der Völkerschaften allenthalben recht groß gewesen ist, war die Zahl der nationalen Staaten, schon ihrer Größe halber immer klein. Es wurde aber schon erwähnt, daß trotzdem die Zahl der menschlichen Verbände sich im Laufe der Entwicklung durchaus vergrößert, indem sie sich vermannigfacht. Die auffälligste Triebfeder zur Synthese der Verbände ist die militärische Not. Das Bedürfnis des Schutzes gegen auswärtige Feinde hilft die Stämme zu Völkerschaften, die Völkerschaften zu Nationalstaaten einen. Aber es sind doch auch die Betätigungen des Friedens, die dazu beitragen, denn ein ständiges Interesse ist die Rechtssicherheit auf möglichst großem Gebiet. Und die gruppenbildenden Interessen treten um so gebieterischer auf, je zahlreicher sie sind, je mehr sie sich auf verschiedene Menschen verteilen, und je mehr die verschiedenen Menschen es vermögen, ihre verschiedenen Interessen ohne Rücksicht auf den politischen Verband zu vertreten, also mit dem Wachsen der Individualität. War ursprünglich politischer, wirtschaftlicher und Kulturverband eines, ja selbst all dies im Familienverband vereinigt, so sind heute die Verbände rechtlicher, sittlicher und sittenmäßiger Natur kaum zu zählen, zu denen die Menschen in Ausübung der Kulturtätigkeit sich zusammen-

---

[1]) Schücking, Die Organisation der Welt.

schließen, und in deren Mehrzahl, im Gegensatz zu der spröden Beständigkeit der Verbände der Urzeit, ein fortwährendes Fluktuieren herrscht!

f) In der Entwicklung der Verfassungen läßt sich eine allgemeine Typenreihe, die Anspruch auf wissenschaftliche Genauigkeit machen könnte, noch nicht aufstellen. Bekannt ist der frühe Übergang vom Königtum zur aristokratischen Republik in den gräko-italischen Stadtstaaten, die dann vielfach noch zur demokratischen Republik sich wandelte. Bei der Herstellung des nationalen und damit notwendig territorialen Staats setzt wieder die Monarchie ein. (Alexander M., die Diadochenreiche, Cäsar und der römische Prinzipat.) Die westgermanischen Völkerschaften bildeten während und nach der Völkerwanderung die überwiegend republikanische Staatsform zur monarchischen um, die ostgermanischen hatten schon lange vorher das Königtum.

Eine in Territorialstaaten auf bestimmter Entwicklungsstufe sehr häufige Erscheinung ist das Lehnssystem, d. h. diejenige staatliche Ordnung, bei der die Würdenträger „Vasallen" sind, die selbst über eine größere oder kleinere Herrschaft erblich gebieten und dem gemeinsamen Oberhaupt meist nur zu Kriegshilfe und Tribut verpflichtet sind, wie sie dann auch selber wieder Vasallen haben (außer im europäischen Mittelalter aufgefunden z. B. in Babylonien zur Zeit des Gesetzes Hammurabis, im alten Ägypten [mittleres Reich], im mexikanischen Aztekenreich, in Japan vor den modernen Reformen, im heutigen Abessinien) — vgl. S. 75 ff.

g) Die Rechtserzeugung findet zunächst einfach im Wege der laufenden Rechtsprechung statt. Diese ist zuerst Sache der Volksversammlung, zugleich Heeres-

versammlung, so noch bei den Germanen der tacitei-schen Zeit. Da beim Anwachsen der Volksmenge die Zahl der Rechtshändel wächst, zugleich der Apparat der Volksversammlung immer schwerfälliger wird, so werden Richter in geringerer Zahl als Vertreter des Volkes abgezweigt, in Deutschland die Schöffen, in Rom der iudex privatus. Dabei hier wie dort Trennung von Friedewirkung und Gerechtigkeitswirkung im Verfahren, indem die Gesamtheit in einem Gerichtsherrn noch eine besondere Vertretung findet. Gerichtsherr ist in Deutschland zuerst der Fürst, später der königliche Beamte (Graf), im Königsgericht der König selber. Sie wahren den Gerichtsfrieden, führen in der Verhandlung, in der der „Umstand" (Volk, später Schöffen) das Urteil findet, den Vorsitz, haben aber keinerlei richterliche Funktion. In Rom sind die Verhandlungen vor dem Prätor und vor dem iudex privatus als „Verfahren in iure" und „Verfahren in iudicio" sogar zeitlich getrennt. Aber der Prätor richtet doch, in iure stellt er das Streitverhältnis fest, d. h. er spricht in einer Formel aus, daß (oder daß nicht) die Parteien nach ihrem Vorbringen, der Kläger einen Anspruch, der Beklagte ein Gegenrecht (und zwar welcher Art Anspruch oder Gegenrecht) habe und weist ihnen den iudex privatus zu, zwecks Prüfung des tatsächlichen Zutreffens des Vorgebrachten und Endurteil.

Das angewandte Recht ist zuerst das allgemein gewußte Volksrecht. Aber je mehr die Verhältnisse sich komplizieren, desto mehr zieht sich die Rechtskenntnis auf einzelne zurück. Namentlich die Priesterschaft, bei der ja auch zuerst die Kunst des Schreibens ihre Stätte findet, tritt als Hüterin der Gesetze auf.

Weiß auch den Aberglauben zu nutzen, indem sie sich ausschließlichen Besitz der verwickelten Kenntnis der tabus zuschreibt und im Ordalienzeremoniell und sonstiger Rechtsmagie das Rechtsleben beherrscht. So in Rom die pontifices. Auf dieser Stufe steht Rom nicht allein damit, daß die Priesterschaft ihre Rechtskenntnis zugunsten der herrschenden Klasse, der sie angehört, mißbraucht. Um ihrer Willkür zu entgehen, und auch um sonstiger augenfälliger Vorteile willen verlangt man bald nach Aufzeichnung des Rechts. Sie pflegt zunächst in Privatarbeiten zu geschehen; solche Arbeiten gelten ihrer Zeit mit Fug als geistige Großtat; freilich sind es eben meist Zeitalter, in denen es schon als erstaunlich gilt, schreiben zu können[1]). Erst später folgen amtliche Aufzeichnungen, und zwar meist auch zunächst nicht echte Gesetzgebung (mit Fortbildung des Rechts), sondern bloße Aufzeichnung des bestehenden Gewohnheitsrechts, also Satzung.

Die Rechtsfortbildung bleibt zunächst immer noch vorwiegend der Rechtsprechung überlassen. Sie macht aber, sobald die Einrichtung amtlicher Organisation einigermaßen gefestigt ist, einen bedeutenden Fortschritt. Das alte, starre Volksrecht, wie es das in den 12 Tafeln fixierte ius Quiritium in Rom, die „Volksrechte" in Deutschland waren, erhält einen Mitbewerber, der ihm schließlich über den Kopf wächst. Es war nämlich der deutsche und der englische König im Königsgericht, und ebenso der römische Prätor,

[1]) Glücklich entriß z. B. Cn. Flavius in Rom der Priesterschaft das Geheimwissen um das Kalendertabu (tabu der dies nefasti, an denen kein Gericht stattfinden durfte) und um den Wortfetischismus der Klagformeln; auch der volksfreundliche Ägypterkönig Bok-en-Ranf (Bokchoris, um 800) schuf eine öffentlich zugängliche Rechtsaufzeichnung, ward aber von seinen Priestern und Adligen dafür an den Äthiopierkönig, dessen Joch er abgeschüttelt hatte, verraten und von diesem besiegt, gefangen und verbrannt

an das Volksrecht nicht gebunden. So tritt dem Volksrecht (ius civile, common law) ein fortschrittliches, beweglicheres Amtsrecht (Königsrecht, ius honorarium, Equity) gegenüber (auch ius gentium, weil die Grundsätze vielfach von den umwohnenden Völkern entnommen wurden, wie denn die Epoche des Amtsrechts zugleich eine solche der Besserstellung der Fremden ist.)

In Rom ging es so weit, daß der Prätor alljährlich bei einem Amtsantritt an Tafeln auf dem Forum (album) ein „Edikt" anschlug, in dem er die Rechtsgrundsätze bekannt machte, die er abweichend vom ius Quiritium zur Anwendung bringen wollte. Ebenso der Ädil als Marktgerichtsherr (besonders im Viehhandel, daher Viehmängel in Rom: ädilizische Mängel); edictum praetorium und edictum aedilicium, zusammengefaßt: edicta magistratuum. Ein Teil des Edikts blieb mit der Zeit ständig: edictum tralaticium, edictum perpetuum. England hatte bis 1873 einen besonderen Equity Court unter dem Lordkanzler: Chancery Court neben dem Common-Law-Gericht unter dem Lordoberrichter. Jedem der beiden Gerichte waren verschiedene Rechtsmaterien überwiesen; nur in denen des Chancery Court konnte also das Billigkeitsrecht auftreten; in den andern herrschte das starre common law.

Das Verfahren nach Amtsrecht ist in Rom von dem nach Volksrecht insofern verschieden, als im letzteren in der Klagformel, die in iure zustande kam, einfach auf das ius civile zu verweisen war, aus dem der Anspruch sich herschrieb: die actio war legis actio. Im amtsrechtlichen Prozeß konnte dies nicht geschehen, da das Volksrecht als solches (formell) nicht bindend war, vielmehr wurden hier die vom Prätor eigens aufgestellten und den Parteien im Edikt proponierten Klageschematismen (formulae) maßgebend. Dadurch, daß seine Formeln weit mehr mit juristisch denkendem Geiste und viel beweglicher gestaltet waren als die des Legisaktionenprozesses, verdrängte der Formularprozeß, ursprünglich nur für die Rechtshändel mit und unter Fremden eingerichtet, für die das ius Quiritium nicht galt, allmählich jenen ganz.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Zweiter Abschnitt.

Die Entwicklung des Rechts der zivilisierten Welt.

§ 4. Römische Rechtsgeschichte[1]).

1. Die römische Rechtsgeschichte teilt man in die Epoche der Monarchie (seit Cäsar) und in die der Republik einschließlich der sogenannten Königszeit. Rom tritt in die Weltgeschichte als ein Ackerbürgerstädtchen der Latiner mit frühen Anfängen bescheidenen Seeverkehrs. Aber dies kleine Gemeinwesen stellt sich von vornherein als eine rechtlich weit entwickelte Staatsexistenz dar. In die Urzeit des italischen Rechts führt die röm. Rechtsgeschichte nicht hinab. Die Stellung des Königs und der später ihn ersetzenden republikanischen Beamten, des Senats und der Volksversammlung erscheinen früh auf sicherem Rechtsboden abgegrenzt. Heeresdienst und Finanzverwaltung sind in sehr bestimmte Formen gekleidet. Im Prozeß weisen überlieferte Schwerfälligkeiten, denen freilich das ius gentium allmählich den Boden entzog, sowie Formen und Namen auf primitive Zustände zurück, aber die tatsächliche Handhabung zeigt eine erstaunlich hohe Entwickelung. Den Spuren eines formellen Beweisrechts begegnen wir eigentlich nirgends; die Römer selbst entsannen sich

[1]) Die breite Grundlage des auf dem europäischen Kontinent geltenden Rechts haben die Römer ebenso geschaffen wie die Hellenen diejenige der abendländischen Wissenschaft und Kunst und eine jüdisch-persische Ideenverschwisterung die abendländische Religion. Den Römern folgten die germanisch-romanischen Völker. Bruchstücke aus dem Pfandrecht der Babylonier, Ägypter, Hellenen, dem See- und sonstigen Handelsrecht der Phoiniker, Hellenen, Araber haben Anteil an der Entwicklung. Das Recht der Slawen ist, soweit sie nicht deutsches Recht aufnahmen, vielfach rückständig geblieben.

seiner nicht mehr. Dasselbe Bild zeigt das Privatrecht. Privateigentum an Grund und Boden wie an beweglichen Sachen ist von der ersten historischen Zeit an vorhanden, nur die Austeilung des eroberten Kulturlandes (ager publicus) in Prekarien an die Bürger, so daß es offiziell Gemeindeeigentum war, erinnert an den auch hier vorangegangenen Zustand des Kollektiveigentums[1]). Weiterhin kennt schon das älteste ius civile sehr bestimmt ausgeprägte Rechte an fremder Sache: die Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) iter, actus, via, aquaeductus, das sind die Rechte, einen Fuß- und Reitweg, eine Viehtrift, einen Fahrweg oder eine Wasserleitung über ein fremdes Grundstück zu haben. Auch das Pfandrecht ist in einer einfachsten Form des Faustpfandes sehr alt. (Sog. fiducia: dem Pfandgläubiger wird die Pfandsache mit der Abrede der Rückerstattung nach Zahlung der Schuld zu Eigentum übertragen.)[2]) Vom Schuldrecht ist bereits § 3 einiges berichtet; auch dies ist trotz Formstrenge, Schwerfälligkeit[3]) und

---

[1]) Mit Leihzwang, d. h. etwa von Fremden erhandelte oder erbeutete wertvolle Mobilien, wie eiserne Pflugscharen u. dgl., mußte der Eigentümer den Stammes- oder Sippengenossen der Reihe nach zur Verfügung stellen.

[2]) In allen Rechten sind Pfand und Kauf ursprünglich undifferenziert, da der Verkäufer oder seine Sippe ein gesetzliches Rückkaufsrecht (ius retractus) hat. Bezüglich der Immobilien haben sich namentlich in Deutschland Retraktrechte lange erhalten, vielfach auch in Form von Vorkaufsrechten des Grundherrn des Verkäufers oder seiner Familie.

[3]) Z. B. Kauf vollzieht sich mittels Zuwägung des Preises durch einen Wägemeister vor fünf römischen Bürgern (mancipatio). Allerdings entspricht es den ganz agraren Verhältnissen, daß Kaufgeschäfte selten sind und nur Grundstücke, Grunddienstbarkeiten, Vieh, Sklaven betreffen können (res mancipi). Andere Dinge kauft und verkauft der Bauer primitiver Zeiten nicht. Er trägt nur ein grobes Kleid, von seinem Weib gewebt, oder ein feines, vom Feind geholt. „Rauba" = Raub heißen Kleider und Schmuck, davon dann bewegliche Sachen überhaupt, den alten Deutschen. Davon französisch „robe". Die spätere Entwicklung setzt das zahmere Koopscat = Kaufschatz als Bezeichnung für Mobilien. So stammen auch in Ilias und Odyssee fast alle Luxusgegenstände als Raub oder Kaufschatz von Frem-

Härte verhältnismäßig hoch entwickelt. Es birgt die Anlagen in sich, die es befähigten, zum Bannerträger des röm. Privatrechts beim Siegeszuge durch die Welt zu werden. Im Familienrecht ist, wiewohl agnatische Gestaltung herrscht und die gentes lange Zeit politische Bedeutung behalten, ein engerer genossenschaftlicher Zusammenhang der Sippe nur noch gering, der Rest in sicherem Absterben. Um so enger der des Hauses: es erhält sich als eigentümliches Denkmal die strenge Gewalt des Hausvaters über die Seinen (patria potestas, noch lange mit ius vitae et necis). An etwa vorhergegangenes Mutterrecht erinnert nichts. Sehr früh ward endlich unter Zulassung der letztwilligen Verfügungen[1]) ein Erbrecht ausgebildet. Einzig das religiöse Ritualrecht (ius sacrorum) und Teile des Strafrechts hatten altertümlichen Charakter. Auch wurden Straf- und Zivilprozeß nicht unterschieden.

---

den, besonders Phoinikern; höchstens noch als Festgeschenk. Wertvolle Gebrauchsgegenstände verkehren unter den Bürgern durch Leihzwang, verkauft werden unter ihnen sie so wenig wie Kleider und Tand. Daher kann sich das Kaufrecht und vor allem die notwendig beweglichere Kaufform für diese „res nec mancipi", wie die Römer sagten, nie im Stammesrecht oder Volksrecht (ius civile), sondern immer nur im Recht des Handels zwischen den Stämmen bzw. Völkern (ius gentium) entwickeln.

[1]) Sie fehlten ursprünglich allen Völkern: „nulla apud eos testamenta" sagt Tacitus von den Germanen. Wer außerhalb seiner leiblichen Angehörigen einen Erben, einen starken Wahrer seines Guts und Namens suchen mußte, mußte ihn zum Sohn machen (d. h. Adoption vertritt die Erbeseinsetzung). Wer sohnlos war, konnte ohne weiteres einen Sohn wählen, um durch dessen Totenopfer vor feindlichen Geistern im Jenseits, durch seine Blutrachebereitschaft seines Lebens im Diesseits sicher zu sein. Immerhin erfordert das allgemeine Interesse, zu wissen, daß man es mit dem Wahlsohn zu tun haben werde, falls man den Wahlvater erschlage, öffentliche Vornahme der Ankindung. Wenn Söhne oder sonstige gesetzliche Erben vorhanden waren, die der Enterbung oder Verkürzung widersprechen konnten, mußte deshalb der Erblasser, der zu testieren beabsichtigte, sich mit der Volks-Heeres-Versammlung auseinandersetzen, damit sie nicht jenen Rückhalt gebe, sondern seine Verfügung stütze. So findet das römische Testament zuerst öffentlich „in procinctu", „comitiis calatis" statt; dann privat, indem Zeugen die Versammlung vertreten. Von „Zeugen" = testes der Name „testamentum" = Zeugengeschäft.

2. Die vorhandenen Keime entfalteten sich in großartigster Weise mit dem Eindringen des ius gentium. Im Prozeß wich die ungelenke legis actio der bequemen, mannigfach verwendbaren formula, die sich immer mehr der Aufgabe anpaßte, die vervielfältigten Rechtsinstitute in korrekten Streitverhältnissen zu fassen. Unter den materiellen Rechtsverhältnissen wurden die sachenrechtlichen bereichert durch allmähliche Ausgestaltung eines eigentlichen Pfandrechts, das nicht mehr auf den Eigentumsbegriff zurückbezogen zu werden brauchte (pignus, das dem Gläubiger übergebene „Faustpfand", hypotheca, das in Händen des Schuldners zurückbleibende Pfand), sowie durch Schaffung neuer Dienstbarkeiten (außer an ländlichen auch an städtischen Grundstücken und schließlich auch an beweglichen Sachen). Vor allem Nießbrauch („ususfructus"). Höchste Triumphe aber feierte die römische Rechtsentwickelung, je mehr Rom zum Mittelpunkt des Weltverkehrs ward, im Obligationenrecht (Schuldrecht). Mannigfache Formen des Geschäftsabschlusses wurden erfunden, besonders freiere, die die Schwerfälligkeit der alten Bargeschäfte und in verba sollemnia gekleideten Abschlußformeln wegräumten, und vor allem die größere Anzahl der noch heute den Verkehr beherrschenden Schuldrechtsinstitute: Kauf, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Darlehn, Sachleihe auf Zeit oder beliebigen Widerruf, Bürgschaft. Auch das Familienrecht wird ergänzt und geebnet: an Stelle der Agnation rechnet man nach der Kognation, Eherecht und besonders Vormundschaft empfangen bedeutsame Neuerungen. Das Erbrecht erhält allmählich die Ausgestaltung, die es zum feinstgewebten Teil des röm. Rechtes macht.

3. So ist im Beginn der christlichen Zeitrechnung und der Kaiserzeit das röm. Recht bereits auf ausgezeichnet hoher Stufe angekommen und fähig, die Welt, die das Schwert erobert, mit seinen Normen zu regieren. Der nunmehr einsetzende Aufschwung der Rechtsentwickelung zugleich mit der Ausgestaltung der Reichsverfassung und der allmählichen Herstellung der Rechtseinheit im weiten Umkreis des imperium Romanum unter dem monarchischen Regimente weisen ihr noch glänzendere Bahnen. Bisher waren Volksbeschlüsse, Plebiszite, Senatuskonsulte und die Edikte der Magistraturen (insbesondere Prätor und Ädil) die Quellen des röm. Rechts gewesen, zu ihnen traten nun die kaiserlichen Verordnungen und Verfügungen und die Gutachten der mit dem „ius respondendi" begnadeten Rechtsgelehrten[1]). Ihr Werk ist vornehmlich die Entwickelung, die diese „klassische" Zeit der römischen Jurisprudenz hervorbrachte. Zur Seite ging ihnen

[1]) So zählt Justinians Rechtsbuch sie auf: lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. Die römischen Rechtsgelehrten erteilten Rechtsuchenden (gratis!) Gutachten. Diese Tätigkeit war frei; wer von ihnen aber das „ius respondendi" erhielt, dessen Gutachten waren für den Richter bindend. Uns, denen der Satz „Iura novit curia", d. h. „das Gericht kennt das Recht von Amts wegen" in Fleisch und Blut übergegangen, erscheint das sehr befremdlich. Doch sicher haben die Kaiser im ius respondendi nur eine bestehende Sache sanktioniert. Der iudex privatus war Laie, das Recht jedoch schon in der späten Republik so stark kompliziert, daß ein Laie nicht mehr sicher darin arbeiten konnte und nach Rechtsbelehrung tasten mußte An der Wende des Rechts vom Volkstümlichen zum Wissenschaftlichen finden sich solche Erscheinungen öfter. Die Rechtsbücher des deutschen Mittelalters (S. 78) waren auch nur private Aufzeichnungen, und doch wurden sie in kürzester Zeit maßgebend. Man mag auch an die große Nachfrage denken, die im Beginn der Rezeptionszeit die gelehrte und halbgelehrte Literatur des röm. Rechts in Deutschland fand. Endlich haben wir noch heute auch für unsere Laienrichter in Schöffen- und Schwurgerichten eine staatlich vorgeschriebene Rechtsbelehrung, die allerdings in der Sitzung durch den Vorsitzenden des Gerichts erteilt wird.

dabei die Tätigkeit solcher Juristen, die in Rechtsschulen lasen.

Beide Elemente entfalteten eine gewaltige schriftstellerische Tätigkeit. Als den größten unter ihnen sieht die alte und die neue Welt den Papinianus an, den Caracalla umbringen ließ, angeblich, weil er den Auftrag des Despoten, den Mord seines Bruders Geta vor dem Senat zu rechtfertigen, mit der illoyalen Bemerkung abgelehnt hatte, es falle immerhin noch leichter, so etwas zu tun als zu rechtfertigen.

Ihre Bemühungen förderten das Recht und seine Wissenschaft mächtig, häuften aber auch das Material unübersehbar an. Die hohe Geisteskraft der Klassiker, diese Masse zu beherrschen und schöpferisch in ständigem Leben zu erhalten, mit diesem Schatz zu wuchern und ihn zu mehren, ging den Epigonen verloren; während jene es fertig gebracht hatten, ohne Kodifikation sogar die Einheit des Rechts in den zusammeneroberten ursprünglich von sehr verschiedenen Rechten beherrschten Reichsteilen zu schaffen, mußte jetzt, da die sinkende antike Kultur auch in der Rechtswissenschaft Schwäche und Geistesarmut zeugte, da die Juristen die Klassiker nicht mehr als bloße Berater bei eigenem kühnem Denken ansahen, sondern von deren Gedanken kümmerlich borgten und sie sklavisch interpretierten, erst ein Zitiergesetz geschaffen werden, damit nicht aus der Rechtsgeltung zu vieler Autoritäten Rechtsunsicherheit entstünde; man beschränkte ihre Zahl auf einige wenige. Als auch das nicht half, griff man zur Kodifikation. Zunächst in privaten Arbeiten: Codex Hermogenianus, Cod. Gregorianus. Kaiser Theodos schuf das erste amtliche Rechtsbuch des Kaiserreichs (Cod. Theodosianus), eine Sammlung der kaiserlichen Verordnungen (constitutiones), die bis ca. 529 galt. In diesem Jahre legte Justinian, der Juristen-

kaiser, durch Einführung einer neuen Konstitutionensammlung, des Cod. Iustinianeus — auch kurzweg „Codex" genannt — in 3 Büchern den Grund zu der berühmten Justinianeischen Kodifikation.

Die Hauptmasse des Rechtsstoffs, die Juristenschriften: Responsensammlungen, Kommentare, Lehrbücher usw. ließ er durch eine große Kommission von Rechtsgelehrten unter Vorsitz des Justizministers Tribonian aussieben und aus den gewonnenen Exzerpten von 39 Juristen ein Gesetzbuch in 50 Büchern, „Pandekten" oder „Digesten" (533) — man kann nicht anders sagen — zusammenflicken, in ähnlicher Weise ein Gesetzbuch in 4 Büchern herstellen, die „Institutionen (533), deren Hauptmasse aber den Institutionen des Gaius entnommen ist. Diese drei Gesetzbücher galten als einheitliche Kodif kation. Ihnen wurde dann noch eine Sammlung späterer Gesetze Justinians und seiner Nachfolger unter dem Titel der „Novellen" beigegeben, so daß danach das (später) sogenannte Corpus iuris (civilis oder Iustinianei) aus vier Teilen besteht: Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen. Institutionen und Pandekten sollten zugleich Gesetz- und Lehrbücher sein, die Institutionen das Elementarbuch, die Pandekten das Handbuch für Vorgeschrittene. Dieser Kern der Justinianeischen Studienordnung hat, das Römerreich selbst überdauernd, bis vor ganz kurzer Zeit darin fortbestanden, daß zur ersten Information der Studierenden an den Universitäten eine Institutionenvorlesung, sodann ein Pandektenkolleg gehalten wurde[1]). Seit 1900 sind diese in Deutschland in eine kürzere Vorlesung „System des Röm. Privatrechts" zusammengezogen.

Die Entwickelung des Privatrechts in der Kaiserzeit bewegte sich, so großartig sie ist, immerhin in Bahnen, die die frühere vorgezeichnet hatte. Dagegen weist das

[1]) Und zwar gab die Institutionenvorlesung bzw. die Institutionenkompendien altrömisches (Justinianeisches) Recht, die Pandektenvorlesung bzw. die Pandektenkompendien das heutige römische Recht (den usus modernus). Gegenwärtig zieht man das modernrömische Recht und das Justinianeische rechtsvergleichend in die Vorlesung über modernes Privatrecht und gibt im „Syst. d. Röm Pr.-R." nur klassisches Recht (bis Diokletian).

öffentliche Recht einen großen Bruch mit der Vergangenheit auf. Das ungeheure Reich konnte nicht in der Art und mit der Organisation regiert werden, wie einst der Stadtstaat. So wurden langsam die auf Zeit gewählten republikanischen Magistrate durch ein Berufsbeamtentum, ähnlich wie wir es heute haben, ersetzt, dessen Laufbahn schließlich auch von der bislang damit verbundenen Offizierskarriere gesondert wurde. In der Diokletianischen Reichsreform war der bureaukratisch verfaßte Beamtenstaat vollendet. Dem Zuge der Zeit erlagen auch die alten Geschworenengerichte. Der Kaiser übte von Anfang an neben ihnen die sog. extraordinaria cognitio[1]), und diese räumte schließlich die alten iudicia ganz aus dem Wege. Damit war zugleich eine grundstürzende Änderung des Prozesses gegeben. Die extraordinaria cognitio vollzog sich von jeher im Wege kaiserlichen Ermessens, ohne Zuziehung von Geschworenen. Die Scheidung von ius und iudicium, der Erbittung einer Formel und der Entscheidung danach, konnte hier nicht Platz greifen. Seitdem nun, spätestens mit der abschließenden Festlegung des Edikts unter Hadrian dem Prätor unter dem Druck der Bevormundung durch Kaiser und Senat das ius edicendi verloren war, und er folgeweise keine neuen Formeln mehr bilden konnte, sondern an bestimmtes Recht gebunden war, wie der iudex privatus auch, wurde von den beiden gerichtlichen Behörden Magistrat und Geschworenengericht

[1]) Ein Verfahren extra ordinem (scil. iudiciorum privatorum) übten auch schon die republikanischen Beamten. Es war eine Art Verwaltungsverfahren, in welchem der magistratus selbst, ohne Verweisung an einen Geschworenen (iudex privatus) entschied. Seit Einsetzung der Monarchie konnten alle Rechtshändel an den Kaiser gebracht werden, dieser bzw. die von ihm mit den Sachen betrauten Beamten bedienten sich der extraordinaria cognitio.

die eine überflüssig. Und in einer Zeit mit weit ausgebreitetem, wissenschaftlich kunstvoll verarbeitetem Rechtsstoff, in einer Zeit der Degeneration der Volksmassen und der Stärkung des despotisch-bureaukratischen Elements zugleich, war es nicht zweifelhaft, daß die Beamtenschaft, in der die Magistraturen ihrerseits das Feld den Kaiserbeamten hatten räumen müssen, obsiegte. So führte sich das im kaiserlichen Gericht herrschende System in alle Gerichte ein. Die Richter waren nun wie heute Staatsbeamte, die im Namen des Kaisers Recht sprachen. Die Formula ist seit Konstantin beseitigt, der Richter urteilt selbst auf Grund des in den Gesetzen niedergelegten und dort auch formulierten geltenden Rechts. Das ist die Grundlage der modernen Gerichtsverfassung und des modernen Prozesses (mit Ausnahme der anglo-amerikanischen); um so mehr, als gleichzeitig der Instanzenzug und die Trennung von Straf- und Zivilprozeß sich durchgesetzt haben.

4. Im Zeitalter Justinians aber, das durch seine Kodifikation dem unsterblichen römischen Weltrecht die Einkapselung schafft, in der erstarrt es die folgenden Zeiten allgemeiner Zerstörung überdauern konnte, ist zugleich die Zertrümmerung des römischen Weltreichs entschieden. Gegen Ostgoten und Vandalen siegreich, mußten die Kaiser doch Langobarden in Italien, Franken in Gallien und Germanien, Sachsen in Britannien, Westgoten in Hispanien als Herren belassen. Die Westhälfte, die eigentlich römische, war verloren.

Hier hat, mit dem röm. Volk und Staat, die eigentliche röm. Rechtsgeschichte ein Ende. Aber das röm. Recht lebte weiter bei deren Erben: in dem zum byzantinischen Reiche historisch gewandelten Ostrom gleich Volk, Staat, Christentum in steter Degeneration; so auch heutiges Recht des Königreichs Griechenland. Im Abendland vermochte es in jähem Erwachen zum zweiten Male die Welt zu erobern.

Der Ausgangspunkt der Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter ist die Rezeption. Die Geschichte des röm. Rechts in der Neuzeit verflicht sich aufs innigste mit der Geschichte des Rechts bei den modernen Völkern.

Deutsche Rechtsgeschichte.

§ 5. Urzeit und fränkische Zeit.

1. Die Germanen treten noch in Urzuständen des Rechts auf. Cäsar und Tacitus, insbesondere sein glänzender Essay Germania, dessen Beobachtungen die Forschung von Tag zu Tage mehr bestätigt, sind die ältesten Quellen zur Deutschen Rechtsgeschichte. Sie zeigen die Germanen noch in Völkerschaften (civitates) geteilt als Cherusker, Brukterer, Chauken, Frisen, Chatten u. a. m. Kriegsnot hebt hin und wieder einen tapferen Gaufürsten, wie Ariovist und Arminius waren, zum Herzog der Völkerschaft. Allmählich gründen sich Königtümer. Privateigentum an Grund und Boden bestand nur bezüglich der Hofstätte (Haus, Hof und Garten), das Ackerland wurde innerhalb der Markgenossenschaft erst nach der Güte in „Gewannen" geteilt und alsdann eine jede durchs Los anteilig unter die Mitglieder vergeben. Das wiederholte sich periodisch in gewissen Zeiträumen, weil man infolge der unvollkommenen Agrikultur jeweils viel Brachland liegen lassen mußte. Wald und Weide wurden als „Allmende" oder „gemeine Mark" ungeteilt von den Markgenossen benutzt[1]).

2. Das Ende der germanischen Urzeit fällt zusammen mit dem der Völkerwanderung. Sechs aus den alten westgermanischen Völkerschaften erwachsene Stämme: Franken, Sachsen, Thüringer, Schwaben, Bayern und Friesen bildeten unter der Hegemonie des mächtigsten und geistig beweglichsten unter ihnen das fränkische Reich. Die Zeit der Merowinger und Karolinger, die fränkische Zeit, ist die zweite Periode der Deutschen Rechtsgeschichte.

---

[1]) Die Markgenossenschaft (dörfliche Wirtschaftsgenossenschaft) war vielfach, jedoch nicht durchaus mit der politischen Gemeinde identisch. Die Geschäfte, die ihr oblagen, erforderten eine vielfach mit Zwang verbundene Verwaltung

Mit ihr gerät das Deutsche Recht zum ersten Male in nachhaltige Berührung mit dem römischen. Die Germanenreiche entstanden auf römischem Boden. Aber darin lag nicht durchaus die Verdrängung einer hohen glänzenden Kultur durch eine noch einfache und rohe. Sinkend hatte die römische Kultur schon lange mit der germanischen sich durchsetzt (des Christentums gar nicht zu gedenken, das, von Römern und Germanen angenommen, nach Ausmerzung der arianischen Germanenstämme sich als starkes, die nationalen Unterschiede verschattendes Bindeelement erwies). War doch im römischen Reiche, insbesondere seit der Diokletianischen Reform, längst der intensive Ackerbau der früheren Zeit zum großen Teil durch die Weidewirtschaft verdrängt worden, die Finanzen des Staats von einem hochentwickelten Geldsystem wieder zu den primitivsten Naturalleistungen zurückgekehrt. Auch die Rassenverschiedenheit war stark gemindert durch massenhafte Germanenansiedelungen in den letzten Jahrhunderten des weströmischen Reichs. Noch erstrahlte in hohem Glanze der römische Name, aber da nannten Leute sich Tullius, Valerius, Oktavius (oder mit griechischen Namen), deren Väter noch Hariomund, Haldagast oder Hildomund geheißen hatten. Ganz und gar hatte das Heer, fast durchweg germanisiert, sich diesen Umständen auch in Verfassung, Disziplin und Kampfweise angepaßt: längst hatte die feingegliederte Legion dem Heerkeil der Germanen weichen müssen. Von dem alten Stadtstaat zeigte das römische Reich zuletzt kaum eine Spur mehr, es war ein Flächenstaat mit stark gelichteter Bevölkerung geworden, so wie er den Lebensbedingungen der Germanen entsprach, und auch das öffentliche Recht war, besonders seit Diokletian, das Recht eines solchen. In dieser Beziehung brachte also die germanische Okkupation nichts grundstürzend Neues. Insbesondere ist es charakteristisch, daß die Siedelung der Germanen bei dieser Okkupation nach Vorbild desjenigen Rechtsverhältnisses geschah, das die römischen Kaiser bei der Einquartierung ihrer germanischen Hilfsheere hatten obwalten lassen: Jeder römische Grundbesitzer, soweit die germanische Siedelung sich ausdehnte, behielt eine bestimmte Quote seines Besitztums zu freiem Eigentum; aus dem übrigen wurden Bauernstellen für die Germanen gebildet.

Wenn daher auf dem einst römischen Boden das germanische öffentliche Recht ohne Schwierigkeiten

Platz griff, behauptete sich wie ein Fels in der Brandung, hier und da zwar abgebröckelt, aber in den Grundfesten unerschüttert, das röm. Privatrecht der Kodifikation des Theodos und Justinian. Die Barbarenkönige ließen nicht bloß, sie schufen sogar den Römern in ihren Reichen eigene Kodifikationen des römischen Rechts. So entstanden die römischen Vulgarrechte; Rechtsaufzeichnungen, die das röm. Recht freilich nicht rein, sondern, je später, um so mehr barbarisiert zusammenfassen. Wiederum konnten doch auch die Germanen nicht nach römischem Recht leben, weil sie in die tauschwirtschaftliche Kultur, die dieses voraussetzt, noch nicht hineingewachsen waren, sie behielten ihr mitgebrachtes deutsches Recht. Aber insofern wirkte das römische Vorbild, als man auch das eigene Recht aufzuzeichnen sich befleißigte. Dies geschah, da die deutsche Sprache zu einem Schrifttum noch nicht reif war[1]), lateinisch. So traten Volksrechte, leges barbarorum, in den germanischen Reichen neben die römischen Vulgarrechte, die leges Romanorum[2]).

Das Volksrecht der salischen Franken ist die berühmte lex Salica aus der Zeit Chlodowechs. Ihrem

---

[1]) Gegen diesen Satz kann Wulfilas Bibelübersetzung, obwohl beträchtlich älter als die älteste der leges barbarorum, nicht angeführt werden. Die Fähigkeit, religiöse Inhalte schriftmäßig auszudrücken, erlangt eine Sprache verhältnismäßig früh. Um den Anforderungen, die eine Rechtsaufzeichnung stellt, zu genügen, muß sie bereits zu hoher Gelenkigkeit entwickelt sein, das sinnlich-poetische Element zugunsten des logisch-prosaischen überwunden haben. Vgl. S. 47 ff. und 79.

[2]) Recht der Westgoten: für die Goten eine auf das edictum Eurici (466—485), das älteste aller dieser Gesetze, sich aufbauende Gesetzgebung, als lex barbarorum. Für die Römer lex Romana Visigothorum, auch Breviarium Alarici genannt (506). Seit Rekkaswinth (652—672) gemeinsame lex Visigothorum. Recht der Burgunden: Volksrecht: lex Burgundionum König Gundobads (473—516), auch „lex Gundobada (loi Gombette)"; Römerrecht: lex Romana Burgundionum, auch „Papian"; Recht der Langobarden: Edictus Rotharis, Edictus Liutprandi usw.

lateinischen Text sind mehr als in anderen Volksrechten erläuterungshalber deutsche Worte zur Bezeichnung wichtiger Rechtsausdrücke eingefügt, bei deren Übertragung in Latein man sich wohl bewußt war, den Sinn des deutschen Rechtsworts nicht vollwertig ausdrücken zu können. Durch diese „Malbergische Glosse" wird die lex Salica zur wertvollsten Erkenntnisquelle für die Rechtsgeschichte ihrer Zeit[1]).

Die Volksrechte blieben nicht die einzigen Rechtsquellen im Frankenreich (neben dem für die Römer geltenden röm. Rechte). Schon unter Chlodowech setzte eine königliche Reichsgesetzgebung ein (besonders Edikt Chlotars II. v. 614 und die Kapitularien Karls des Großen).

Die politische Organisation der Germanen war bereits beim Eintritt in die fränkische Zeit bedeutsam vorgeschritten: sie hatten Könige. Deren Funktion freilich läßt sich mit heutiger Königsmacht nicht messen[2]): Heerbefehl, Vorsitz im Königsgericht, Recht auf spärliche finanzielle Leistungen und einige Ehrenrechte erschöpfen sie. Allerdings war auch das Recht über Krieg und Frieden, sowie dasjenige, Fremden Schutz zu gewähren von der Volksversammlung auf den König übergegangen. Er hatte auch im Lande seine Beamten, die Grafen (comites)[3]), die in seinem Namen in ihren Bezirken Heer- und Gerichts-

---

[1]) Weitere Volksrechte der im fränkischen Reich vereinten Stämme: Lex Ribuaria. L. (Francorum) Chamavorum (um 800). L. Alamanorum (um 720). L. Baiuvariorum (um 740). L. Anglorum et Werinorum (hoc est Thuringorum, 802). L. Saxonum, 802. L. Frisionum (um 750).

[2]) Zeitweise waren sie auch durch die Stammesherzöge beschränkt, deren Abhängigkeit vom König keineswegs in festen Rechtsverhältnissen geordnet war.

[3]) „comites" hatten auch bereits die hohen Beamten der späteren römischen Kaiserzeit geheißen.

bann übten. Von großer Bedeutung ist, daß in den Grafengerichten, die den alten Volksgerichten entsprachen, nach Volksrecht gerichtet wurde, das Königsgericht ans Volksrecht nicht gebunden war. Äußeren Glanz gewann das Königtum durch Erwerbung der römischen Kaiserkrone.

Zugleich leitet sich die staatsrechtlich folgenschwere Differenzierung der Stände ein. Bis dahin hatte es drei gegeben: wenige Hörige; die Hauptmasse des Volks bildeten die freien Bauern, über ihnen, mehr an Ehre denn an Rechten, stand der Adel. Mit der Zeit wurden Heer- und Gerichtsdienst für eine große Menge der ärmeren Freien zur schweren Last durch das Fehlen ihrer Arbeitskraft hinterm Pfluge und die Pflicht, die Nahrung und Ausrüstung während der Heer- oder Gerichtsfahrt selbst zu bestreiten; sie zogen es vor, sich der Vollfreiheit zu begeben und zu begüterten Herren in ein Dienstverhältnis zu treten. Die Dienste waren gemessene, größtenteils Kriegsdienste, eine Minderung des sozialen Ansehens mit dem Standeswechsel nicht verbunden; vielmehr waren halbfreie Dienstleute (ministeriales) dieser Art durch die Freigebigkeit des Herrn in der Lage, vornehmer aufzutreten als der ärmere Freie. Aber gleich den Unfreien niederer Stellung schieden sie aus dem Volksheer und -gericht aus; sie wurden Heerleute ihres Herrn (senior) und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen.

Es entsteht das Lehnswesen mit dem Bedarf an Reiterheeren in den Kämpfen mit Arabern, Avaren, Ungarn usw. Der Lehnsmann (Vasall) begibt sich in ein Treuverhältnis zum Lehnsherrn, das ihn hauptsächlich zum Kriegsdienst verpflichtet. Er empfängt

dafür, ohne an Freiheit einzubüßen, vom Lehnsherrn ein Lehen (beneficium); ein Gut oder ein nutzbares Gefälle.

Im Privatrecht dieser Periode ergreift das Privateigentum an Grund und Boden auch das Ackerland. Da aber die Unterscheidung der Gewannen ihrer Güte nach bleibt, so liegt der Besitz des einzelnen nach wie vor über die Feldmark verstreut. („Gemengelage" der Grundstücke.) Bestehen bleibt Allmende, Markgenossenschaft und Flurzwang, und zwar im ganzen bis zu der ums Ende des 18. Jahrh. einsetzenden Agrarreform.

§ 6. Das Mittelalter.

1. Die Rechtszustände des Mittelalters, das die dritte Periode der Deutschen Rechtsgeschichte bildet[1]), sind charakterisiert durch ihre beispiellose sachliche und lokale Zerklüftung. Der den Deutschen innewohnende Assoziationstrieb, der sie anhält, sich nach Sonderart und Sonderinteressen selbst von geringer Bedeutung und bei kleinem Umkreis der Beteiligten in Gruppen zusammenzuschließen, jener Trieb, der auf der einen Seite eine große Mannigfaltigkeit der geistigen Strömungen erzeugend, der Entwickelung des deutschen Geisteslebens so eminent förderlich war, der aber auf der anderen Seite die Einigung der Nation fortwährend gehemmt, die Entwickelung großzügigen und reifen politischen Verständnisses hintangehalten hat[2]) — dieser Trieb hat im Mittelalter eine Unzahl verschiedener, mehr oder

[1]) Die 4. ist die Neuzeit, eine 5. beginnt zu Ende 19. Jahrhunderts. An die Grenzscheide von Mittelalter und Neuzeit fällt die Rezeption (S. 83). — [2]) Dazu jetzt Sternberg, Zschr. f. vergleich. Rechtswiss. XXVI, S. 149.

minder umfassender Verbände entstehen lassen, deren jeder neben eigenem Brauch und eigener Ehre auch eigenes Recht entwickelte. Verbände sind entweder bloß auf eine Personenmenge oder auf ein Territorium basiert. (Personal- und Gebietskörperschaften.) Die Verbände, innerhalb deren ein bestimmtes Recht gegolten hatte, waren bei den Germanen bis zum Mittelalter solche persönlicher Natur. Jedermann wurde in seinen Rechtssachen beurteilt nach dem Rechte seines Stammes, der Franke nach fränkischem, der Sachse nach sächsischem, der Friese nach friesischem, der Römer nach römischem, wo er auch hinkam. Man trug gewissermaßen sein Recht mit sich herum. (Sog. Personalitätsprinzip. Parömie: iura ossibus inhaerent.)[1]) Jetzt war das anders: das Recht haftete am Territorium; die in einem Lande vorkommenden Rechtssachen wurden nach dem im Lande geltenden Recht beurteilt. Es waltete das auch heute prinzipiell herrschende Territorialitätsprinzip. Aus dem Volksrecht war Landrecht geworden. Aus dem Landrecht aber wuchs im Mittelalter noch ein anderes lokal gültiges Recht empor, das Stadtrecht, in den Städten entwickelt, mit dem Stempel ihrer höheren wirtschaftlichen und geistigen Kultur.

Aber daneben gab es damals eine Anzahl innerhalb real-personaler Verbände gültiger Sonderrechte: Markrechte, Gilderechte, Zunftrechte usw.: allerenden mit ihren besonderen Lokal-, Standes- und sonstigen Gerichten.

2. Das wichtigste ist das Lehnrecht, über das ganze Rechtsgebiet verzweigt. Das Staatsrecht ist

[1]) Als Stammesrecht der Kleriker fungierte das römische; ecclesia vivit lege Romana.

völlig von ihm durchdrungen; ist es doch der Typus des Lehnsstaats, der am besten die Verfassung jener Epoche begrifflich qualifiziert. Lehenrechtlicher Natur sind zuletzt die wichtigsten Amtsstellungen des Staats und bedeutsame sonstige Rechte der einzelnen Persönlichkeiten, soweit sie eben dem Personenkreise angehören, für den Lehenrecht überhaupt gilt (dem ritterlichen). Die lehnrechtlichen Angelegenheiten gehören vor besondere Lehnsgerichte (iudicium parium). Vor allem beruht die gesamte Militärverfassung auf Lehnrecht, da in 600jähriger Entwickelung das ursprüngliche, auf allgemeine Wehrpflicht (und allgemeines Wehrrecht) basierte Bauernheer durch ein ritterliches Lehnsheer ersetzt ist. Im Privatrecht ist durch das Lehnverhältnis zunächst ein eigentümliches sachenrechtliches Verhältnis begründet: am Lehngute (beneficium, feudum) sind berechtigt sowohl der Lehnsherr wie der Lehnsmann, und zwar hat jeder von ihnen Rechte, die zum Inhalt des Eigentums gehören. Der Lehnsmann hatte am Lehn die Nutzung, aber er durfte es nicht veräußern[1]), wegen des Eigentumsrechts des Lehnsherrn. Der Lehnsherr mußte, wenn der Lehnsmann starb oder lehnsunfähig wurde, den Sohn oder sonstigen lehnrechtlichen Erben des Lehnsmanns mit dem Gute belehnen; er hatte auch seinerseits keine freie Verfügung über dasselbe, wegen des Eigentumsrechts des Lehnsmanns. Es liegt also „geteiltes Eigentum" vor, der Lehnsherr hat „Obereigentum" (dominium directum), der Lehnsmann Untereigentum (dominium utile). Ferner wurde durch das Lehnsverhältnis auch ein familienrechtliches be-

[1]) Tat er es doch, so lag einer der schwersten Fälle der „Felonie" (d. i. Verletzung der Treupflicht) vor.

sonderes Verhältnis geschaffen, was nämlich die Rechte und Pflichten des jeweils Belehnten gegenüber seinen Angehörigen angeht: insbesondere Alimentation, aber z. B. auch wegen Vormundschaft über einen unmündigen Lehnsnachfolger usw. Dieser Punkt führt hinüber zu dem wichtigen lehnrechtlichen Erbrecht (Lehnsfolge, Lehnssukzession), das seine Gestaltung besonders durch den militärischen Gesichtspunkt des Lehnswesens erhalten hat[1]). Das Lehnswesen verfiel seit der Erfindung des Schießpulvers, das die Lehnsheere unbrauchbar und eine zahlreiche Infanterie nötig machte und hat seine Rolle im öffentlichen Recht heute fast gänzlich ausgespielt. Nur ist das moderne Thronfolgerecht eine Ausgestaltung der Lehenssukzession. Hier und da finden sich auch noch Güter adliger Familien, bei denen die sachen-, familien- und erbrechtlichen Grundsätze des Lehnrechts Anwendung finden. In seiner Blütezeit aber beherrschte es das gesamte Geistesleben ebenso wie die materielle Kultur. Man dachte selbst Gott im Himmel wie einen großen Lehnsherrn an der Spitze der himmlischen Heerscharen.

Das Rechtsverhältnis des geteilten Eigentums war übrigens nicht spezifisch lehenrechtlich. Auch bäuerliches Gut befand sich vielfach im Untereigentum der Besitzer. Es gab gänzlich freies Eigentum an Land wenig, wenn es auch nicht war wie in Frankreich, wo der Satz „nulle terre sans seigneur" Rechtens geworden.

Das Dienstrecht (gehandhabt in den Dienstgerichten), ist das Recht der Ministerialen (Dienstleute, Dienstmannen), jener schon erwähnten

[1]) Für den Lehnsherrn hatte das Lehen eben den Wert, daß es ihm einen Wehrmann nährte.

ritterlichen Unfreien. Ihre soziale Stellung, der der freien Bauern wahrscheinlich von vornherein überlegen, näherte sich der der freien Ritter immer mehr an; schon früh wurden sie aktiv und passiv lehnsfähig und im 14. Jahrh. sind die letzten Erinnerungen an ihre einstige Unfreiheit verschwunden[1]).

Das Hofrecht (gehandhabt in den Hofgerichten), ist das Recht der Fronleute, der unfreien Bauern, die einem Herrenhof zu Zins und Frone standen.

Von den genannten Rechten unterlagen lokal der größten Zersplitterung die Dienst- und Hofrechte. Weniger schlimm war es um Land- und Stadtrechte beschaffen. Das Lehnsrecht erfreute sich sogar ziemlicher Einheitlichkeit. In ihm gewann das lombardische Lehenrecht, gesetzgeberisch von den deutschen Königen verhältnismäßig reich bedacht und von der aufstrebenden italienischen Wissenschaft mit Glück gepflegt, ausschlaggebende Bedeutung. Aus einer allmählich entstandenen privaten Kompilation italienischer Lehnrechtsquellen (hauptsächlich der Lehnsgesetze Konrads II., Lothars von Supplinburg und Friedrichs I.) entstanden im 12. Jahrh. die (3) libri feudorum, als Lehnrechtskodifikation später mit dem römischen Recht in Deutschland rezipiert.

Indessen erhob auch in Deutschland sich eine Zeit bedeutungsvoller Rechtsaufzeichnungen: „Rechtsbücher" und Stadtrechte. Die Rechtsbücher sind durchgängig Privatarbeiten, die später gesetzliche Gel-

---

[1]) Dazu hat besonders beigetragen, daß in ihren Stand eine große Anzahl der norddeutschen freien Ritter (durch ihre Armut veranlaßt) eintraten, die sich dabei die vornehmsten Freiheitsrechte, als insbesondere Teilnahme am Grafengericht als Schöffe (daher „schöffenbar Freie") vorbehielten. Unter ihnen war Eike von Repgow, der Verfasser des Sachsenspiegels.

tung erlangten, die Stadtrechte meist amtliche Satzungsaufzeichnungen.

Das älteste und vorzüglichste Rechtsbuch, zerfallend in ein Land- und ein Lehnsrechtsbuch[1]) ist der Sachsenspiegel, verfaßt zwischen 1215 und 1235 von dem freigeborenen Ministerialen Eike von Repgow aus dem Anhaltischen. Er hat das von ihm ursprünglich lateinisch geschriebene Werk ins Deutsche übertragen erst auf vieles Zureden des Grafen Hoyer v. Falkenstein, dessen Name um seines Verdienstes willen genannt werden muß. Eike hatte es im Anfang nicht für möglich gehalten, in deutscher Sprache eine angemessene Prosa schreiben zu können. Noch mangelte der deutschen Sprache die nüchterne, verstandsklare Begriffsausprägung, die eine Rechtsaufzeichnung in großem Umfang erfordert, und das lebendige Recht fand seine äußere Form noch großenteils in poetisch-symbolischem Gewande. Eike, der sich seine Prosa schaffen mußte, wie Luther beim Bibelwerk, rühmt als etwas Großes, daß er sein Buch in deutscher Sprache ohne Reime fertig brachte und die gereimte Vorrede, sowie manch epigrammatisch-prägnantes Kernwort im Texte selbst mit Reimanklang zeugt von den Schwierigkeiten, die er dabei hatte[2]). Dem Ssp. ward größte Wirksamkeit. Zwar irrte sein Verfasser, als er meinte, gemeines Sachsenrecht darzustellen; er hält das Recht seiner ostfälischen Heimat für gemeines Sachsenrecht. Aber sein Buch wurde von allen Gerichten Norddeutschlands rezipiert, die wieder den Irrtum begingen, es für

---

[1]) Das Landrecht ist seit Johann v. Buch (brandenburgischer Hofrichter, studierte in Bologna 1305), der eine Glosse dazu verfaßte, in drei Bücher geteilt. Ausgabe in Reclams Universalbibliothek.

[2]) Vgl. oben S. 47 ff. und 71, unten S. 179.

ein Reichsgesetz zu halten, und von da an ist gemeines Sachsenrecht Recht des Ssp. Der Ssp. wurde auch zur Grundlage der beiden süddeutschen Rechtsbücher, des Deutschenspiegels (Dsp.) und des Schwabenspiegels (Schwsp.)[1]).

Unter den Stadtrechten steht das Magdeburgische oben an, nächst ihm das Lübische. Viele Städte schufen sich nicht ein eigenes Recht, sondern holten es von einer anderen Stadt, die ein angesehenes Recht (wie die beiden genannten) besaß, sog. „Rechtsbewidmung". Die Schöffenstühle der bewidmenden Stadt wurden dann „Oberhöfe" für die bewidmeten, d. h. sie wiesen den letzteren Rechtsmitteilungen und Entscheidungen[2]).

Noch mehr als durch die Lehnshierarchie ist das Wesen des Mittelalters bestimmt durch die Herrschaft der Kirche. Das Kirchenrecht hatte in der fränkischen Zeit schon in großem Umfang Geltung gewonnen. Die geistlichen Gerichte nahmen weitgehende Kompetenz in Anspruch. Nicht bloß Angelegenheiten von Klerikern, auch alle Sachen zwischen Laien, denen man irgend eine religiöse Bedeutung beimaß, wurden von ihnen beurteilt. Das Recht der Kirche war römisches Recht und gab sich grundsätzlich als solches. Aber sie schuf sich große Teile dieses Rechtes nach ihren Bedürfnissen, teils um, teils gänzlich neu. So entstand

---

[1]) Ersterer, mit vollem Titel „Spiegel aller deutschen Leute", entstanden zwischen 1235 und 1275, will gesamtdeutsches Recht darstellen, was den Umständen nach mißlingen mußte; das Buch bringt vielfach bloßes schwäbisches Recht, der Schwabenspiegel, von einem gelehrten Geistlichen um 1275 verfaßt, gibt bei weitem überwiegend schwäbisches Recht, obgleich auch er wohl als gesamtdeutsches Rechtsbuch genommen werden wollte. Von weiteren Rechtsbüchern nennen wir hier nur das kleine Kaiserrecht (um 1300), das gar das Recht der gesamten Christenheit mitzuteilen vorgab.

[2]) Auch in Frankreich, in Spanien und vor allem in Italien entstanden damals zahlreiche Stadtrechtsaufzeichnungen („Italienische Statuten.")

insbesondere ihr Eherecht, für die gesamte weitere Eherechtsentwickelung grundlegend; sodann sehr wichtige Neuerungen im Strafrecht, noch mehr im Zivilprozeß. Vor allem aber im Strafprozeß, den sich die Kirche, besonders seit Einführung der Hexen- und Ketzerinquisition, in hervorragendem Maße angelegen sein ließ, und den sie in der Tat sehr erheblich gefördert hat. Dem geistlichen Denken gebührt der Ruhm, dem Recht des Mittelalters systematischen Zusammenschluß geliefert zu haben. Gewaltige Schätze des Gefühls und Gedankens hat die Scholastik u. a. auch in den juristischen Teilen ihrer „Summen" (Gesamtdarstellungen alles Wissens) angehäuft. Die eigenen[1]) Rechtsquellen der Kirche bestanden hauptsächlich in Konzilienschlüssen (canones) und Papstbriefen (decretales)[2]). Aus Sammlungen dieser Quellen[2]), erst chronologischen, dann auch systematischen erhob sich das corpus iuris canonici in 6 Teilen etwa 1150—1313 und später.

Gegenüber der Fülle der Lokal- und Sonderrechte nimmt sich die Reichsgesetzgebung des Mittelalters spärlich aus. Die Kapitularien gerieten (ebenso wie die Volksrechte) im Anfang des Mittelalters in Vergessenheit. Im 12. Jahrhundert setzte dann eine neue, zuerst in Landfriedensordnungen sich ergehende Gesetzgebung ein[3]).

---

[1]) Es erfließt auch Recht für die Kirche aus Staatsgesetzen.

[2]) Unter ihnen die berüchtigten pseudisidorischen Dekretalen, in denen ein großer Teil zugunsten der päpstlichen Macht gefälscht ist.

[3]) Ronkalischer Landfriede Friedrichs I. 1158. — Gesetze Friedrichs II.: Mainzer Landfriede 1235. Confoederatio cum principibus ecclesiasticis 1220. Statutum in favorem principum 1232. — Constitutio de iure et excellentia imperii 1338, durch welche die Königswahl den Kurfürsten anheimgegeben wurde, Goldene Bulle 1356 u. a. m. Dazu die Konkordate.

3. Die Geringfügigkeit der Reichsgesetzgebung hängt mit der ungünstigen Entwickelung des Reichsstaatsrechts im Mittelalter zusammen. Bedeutete doch im Inneren die Feudalisierung, die Einrichtung des Lehnsstaats, außen der siegreich konkurrierende Universalherrschaftsanspruch des Papsttums eine große Schwächung der Zentralgewalt, ja die Gefahr der Auflösung für das Reich. Die Krone hatte sich ihrer finanziellen Macht beraubt, indem sie immer mehr Güter zu Lehen austat und nicht, wie die französische, in der Lage war, Lehen auch wieder einzuziehen. Insbesondere die Grafen waren aus königlichen Beamten erbliche Lehnsträger geworden. Am Ausgang des Mittelalters ist ihre und anderer Großer Gewalt zu einer fürstlichen geworden[1]). Während ihre Macht für die Reichsverfassung fortwährend als zersetzendes Element sich betätigt, selbst als ein engerer Kreis unter ihnen, das Kurfürstenkollegium, die hervorragendsten reichsfürstlichen Funktionen, besonders die Kaiserwahl an sich gezogen, wird sie innerhalb der Territorien zum Keim einer neuen, die moderne Ordnung der Dinge vorbereitenden Staatsrechtsgestaltung. Die alten Grafenrechte, also insbesondere die Heeres- und Gerichtsherrlichkeit, erwuchsen zur Landeshoheit, deren Inhalt an Befugnissen durch königliche Rechte (Regalien), die den Territorialherren eines nach dem anderen von der geschwächten Krone überlassen werden mußte, sich stetig vermehrte. An der Spitze marschierten dabei die Kurfürsten. Damals

---

[1]) Reichsfürst ist (seit 1180), wer ein fürstenmäßiges „Fahnlehn" (unmittelbar königliches Lehn) hat. Nicht zu verwechseln mit den Reichsständen (d. s. die reichstagsfähigen Personen), zu diesen gehören noch die Reichsstädte, Reichsdörfer, reichsunmittelbaren Ritter. Ursprünglich war jeder Freie reichstagsfähig.

wurde in der Ostmark (Österreich), der Nord- und Mittelmark (Mark Brandenburg), sowie im Ordensstaat Preußen der Grund zu den beiden Staatswesen gelegt, die später als deutsche Großmächte eine Rolle spielen sollten, sowie in der Mark Meißen zum sächsischen Staat.

Diese 4 Territorien, sämtlich den Slawen abgerungene Kolonisationsländer (Marken), hatten in ihrer (straff militärischen) Verfassung Besonderheiten, die ihrer Konzentration früh die Wege ebneten.

§ 7. Die Rezeption.

1. Während so die staatsrechtlichen Zustände langsam den Weg der neuzeitlichen Entwicklung einschlugen [1]), wurde das Zivilrecht und der Prozeß an der Wende des Mittelalters durch stärkere Wellen eines vom Auslande her treffenden Stoßes dieser entgegengeführt. Das geschah durch die Rezeption.

„Rezeption" heißt „Aufnahme fremden Rechts". Solcher Rezeptionen kennt die Rechtsgeschichte viele. (Vgl. z. B. S. 108.) Aber keine war so gewaltig an Umfang und Wirkung wie die Rezeption der fremden Rechte in Deutschland am Übergang vom Mittelalter in die Neuzeit: des römischen Rechts, des kanonischen Rechts und des lombardischen Lehnrechts. Spricht man schlechthin von „Rezeption", ist immer diese gemeint. Bei weitem im Vordergrund steht aber dabei die Rezeption des römischen Rechts.

Die verschiedenen Richtungen des großen Stromes der Kulturerneuerung, die uns berechtigen, seit ihrem Vordringen eine „Neuzeit" zu datieren, kamen aus Italien. Wie die Renaissance, der Humanismus und die frühen Anregungen

[1]) Die dem Reiche gegenüber ganz selbständig gewordenen Staaten wie Frankreich und England hatten zu Ende des Mittelalters auf diesem Wege schon ein gutes Stück vorwärts getan. Frankreich entwickelte seine Gesetzgebung in den königlichen „Ordonnanzen".

zur Reformation kam auch von dort die Rezeption, ihnen geistesverwandt durch ihre Wiederbelebung eines antiken Geisteselements in Gestalt des römischen Rechts und im Gesamtbilde der geistigen Revolution jener Epoche gleich unentbehrlich wie sie.

2. Die Germanen hatten, die römischen Länder okkupierend, römisches und deutsches Recht in personaler Anwendung nebeneinander bestehen lassen. Als nun die Rechte sich territorial radizierten, ward das Ergebnis in den einzelnen Reichen: In Ostfranken (Deutschland) und in England, wo niemals eine erhebliche römische Bevölkerung gesessen hatte, wurde das römische Recht vom deutschen völlig verdrängt. Im Westgotenreich (Spanien) erlag das deutsche Recht dem römischen. In Frankreich wurde die Loire zur Rechtsgrenze: nördlich ihres Laufs wurde fränkisches, also germanisches Recht („pays des coutumes") herrschend, im Süden römisches Recht in Gestalt der burgundischen und westgotischen Aufzeichnungen der Vulgarrechte („pays du droit écrit"). In Italien gelangte deutsches Recht zur überwiegenden Geltung. Saß doch hier in den Langobarden das begabteste Rechtsvolk unter den deutschen Stämmen. Früh lernten sie selbst das Recht wissenschaftlich behandeln. Das römische Recht glimmt unter der Asche in mehr oder minder kümmerlichen Auszügen der Rechtsbücher Justinians. Dessen Hauptstamm, die Pandekten, waren verschollen, sein Studium erloschen bis auf die Handwerkslehre in den Schreibstuben der Advokaten und Notare, die Kinderlehre in der Rhetorik an Stadt- und Klosterschulen. Von daher drang einiges Römische fort und fort ins deutsche Recht ein. Wie aber wurden die sickernden Tropfen zum überflutenden Meere?

3. Im 11. Jahrhundert wurden endlich die Digesten wiedergefunden. Der Rechtsschule von Bologna gelang es, eine lichtvolle Exegese dem Gesetzestexte beizufügen, die „Glosse"; die Bologneser Rechtsschule, die sie geschaffen, ist die Schule der Glossatoren. Ihr Gründer war Irnerius (um 1100), die Glosse des Accursius schloß, den ganzen bisher zustande gebrachten exegetischen Apparat umfassend, das Glossenwerk ab (um 1250).

Die Methode hatte die Glossatorenschule mit der langobardischen Wissenschaft gemein. Sie hat die exegetische Form der Rechtslehre, die Form der Glosse nicht erfunden, sondern nur diese Form auf das römische Recht, das corpus iuris, angewandt. Die Glossen stehen auf dem Rand und zwischen den Zeilen des Gesetzes; sie widmen sich besonders der Aufsuchung von Parallelstellen. Die Glosse ist deshalb ein ungeheurer Fortschritt gegen die frühere Lehrbuchsmethode, die bloß Auszüge bot, weil sie das beibringt, was einem entwickelten Rechte geradezu sein Leben gibt, den Zusammenhang. Mit der Herstellung der Zusammenhänge war dem römischen Recht die verlorene Kraft wiedergegeben; und einem solchen Gegner Stand zu halten, war das Langobardenrecht doch nicht geistesstark genug.

Weiteren Fortschritt brachten die Kommentatoren, auch Postglossatoren genannt. Ihnen galt es nicht mehr zu glossieren, sie entwickelten an der Hand des corpus iuris, indem sie dessen Recht auf die Praxis ihrer Zeit anwandten, ein verjüngtes, ein geltungsfähiges neuzeitliches Recht. Bartolus ist die Leuchte der Kommentatorenschule, die dem römischen Recht Gewand und Waffenrüstung schuf,

darin es von neuem in den Kampf um die Weltherrschaft schreiten konnte. In großer Schnelligkeit ward es zunächst, das langobardische Recht allenthalben vor sich niederwerfend, nationales gemeines Recht von Italien.

4. An den italienischen Universitäten studierte eine große Zahl von Ausländern und insbesondere von Deutschen das römische Recht. Es erschien ihnen als die ratio scripta, und, in die Heimat zurückgekehrt, suchten sie in der Praxis seinen Grundsätzen Eingang zu verschaffen, was ihnen bei dem zersplitterten und verwirrten Zustande des Deutschen Rechts im ganzen nicht schwer wurde. Sie trafen gerade auf die kritische Zeit, in der das deutsche Wirtschaftsleben schon zu vielgestaltig sich entwickelte, als daß noch einfach auf Grund volksbewußten Herkommens für alle Fälle das Recht gefunden werden konnte. Gegenüber der Fülle der Gesichte wurden die Schöffen, die über keinerlei Rechtsgelehrsamkeit verfügten, unsicher, und ihre Sprüche wurden immer zweifelhafter in ihrem Werte. Dann aber hatte auch das deutsche Recht doch noch gar nicht die Kraft gehabt, ein wissenschaftliches System zu entwickeln, das man etwa hätte studieren können. So war der Apparat der Rechtsprechung ebenso wie das zur Anwendung zu bringende Recht überlebt. Furchtbar rächte sich die deutsche Eigenbrödelei, die Rechtszersplitterung. War das, was man hier als Recht heilig hielt, dort, eine halbe Meile weiter oder gar im selben Weichbild, bei einer andern Zunft Unrecht, wie konnte man vor dem Recht Ehrfurcht hegen? Dazu das Bewußtsein der eigenen juristischen Unzulänglichkeit, der Zwang, mit dem Gottesbeweis zu arbeiten, den trotz all des herrschen-

den Aberglaubens die meisten innerlich verlachten, während ein, rationelles Beweissystem doch nicht gefunden war oder auch seine Einführung von der Ritterschaft, die am Zweikampf hing, verhindert wurde. Endlich war in den allzu kleinen Gerichtssprengeln unter lauter persönlich einander bekannten und voneinander abhängigen Gerichtseingesessenen notwendig mehr durch Flüstern unter den Gevattern und heimliche Einflüsse als offen vor den Schranken erreichbar — das vierfache Augurenlächeln wandelt die ehrwürdigen Züge des Schöffen von einst zur dummen und hämischen Teufelsfratze. Als nun im Reich der Kaiser, in den Territorien die Fürsten die Justiz reorganisierten, von den zentralen Gerichten (Hofgerichten, Kammergerichten) anfangend, Gerichtsbehörden schufen, die mit rechtsgelehrten Beamten besetzt waren, ward auch das bisherige Recht durch das neue fremde verdrängt[1]). Die Gewalthaber fanden keinen Grund, sich dem zu widersetzen, weil sie im System des römischen Rechts den fürstlichen (cäsaristischen) Absolutismus begründet sahen, den sie zu festigen strebten, und der im ständisch geprägten deutschen Herkommen keinen Platz hatte. Der Kaiser sah sich als „römischer" als den Rechtsnachfolger der Cäsaren an, und entsprechend bildete sich die Meinung, das Rechtsbuch Justinians habe als deutsches Kaisergesetz für Deutschland Geltung. So wurde das römische Recht (und mit ihm das corpus iuris canonici und die libri feudorum)

---

[1]) In der ersten Reichskammergerichtsordnung (1495), durch welche das Reichskammergericht begründet wurde, heißt es, — das Gericht solle Recht sprechen „nach des Reychs und gemeinen Rechten" und — darin findet die Subsidiarität des gemeinen Rechts (vgl. S. 30 Anm.) ihren Ausdruck — „auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften usw."

des Reichs gemeines Recht[1]). Es galt als solches subsidiär hinter dem territorialen Statutarrecht. Dies nun nicht so, daß etwa zwei Rechtssysteme übereinander gelegt und es in der Mehrzahl der Fälle schwierig gewesen sei herauszufinden, welches Recht angewendet werden müsse. Das deutsche Recht hatte ja kein System. Die Statuten waren nur Inseln auf dem weiten Meere des gesamten Rechtes gleich, und zur größeren Sicherheit duldete man überdies nicht, daß die deutschen Rechtsreste durch die Logik der Ausdehnungen über sich selbst hinausgeführt wurden. So blieb die Integrität des römischen Rechtssystems geschützt. Seiner Erkundung und Ausbildung widmete sich eine große gelehrte und eine nicht minder reiche populäre Literatur schon vor Verbreitung der Buchdruckerkunst.

Wenn das deutsche Recht, von der Rezeption betroffen, auch im ganzen noch rückständig war, so fehlte ihm doch nicht die Kraft, sich aus sich selbst heraus weiterzubilden. Sogar im Privatrecht, das der Umwälzung am meisten unterlag, weil die neue Zeit (Entdeckung der bisher unbekannten Weltteile, Aufschwung des Handels, Emporkommen der Geldwirtschaft) ein ausgebildetes Obligationenrecht erheischte, das dem feudal-agrarisch geformten deutschen Rechte mangelte, zeigten sich die Spuren, wie man auf dem Wege war, das Fehlende zu erschaffen. Waren doch im Schuldurkundenwesen bereits Rechtsinstitute wie Wechsel und Scheck im Entstehen, die dem römischen Rechte selber fremd waren und die doch einem noch weit höher als das römische entwickelten Verkehrswesen die besten Dienste leisten! Im Prozeß brachte das römisch-kanonische Recht vor allem die dringend notwendige Neuerung eines materiellen Beweissystems. Aber einmal sind auch dazu schon im deutschen Recht allenthalben sichtbare Keime emporgesproßt gewesen, sodann waren auch im ge-

---

[1]) Übrigens kamen auch zahlreiche romanisierende Landrechts und Stadtrechtsreformationen zustande.

meinen Prozeß noch überflüssige Beweisregeln und Formalien genug vorhanden, man denke vor allem an den Grundsatz, daß im Strafprozeß nur der Geständige verurteilt werden durfte, und die dadurch notwendig gemachte Folter! Das Strafrecht blieb im ganzen deutsch, auch ein durch Gesetz Karls V., die berühmte „Peinliche Gerichtsordnung" (Reclam) eingeführtes gemeines Strafrecht behielt die deutschrechtliche Grundlage bei, zumal auch die italienische Praxis, von der sie stark beeinflußt war, dem Romanismus Widerstand entgegengesetzt hatte. Auch Verfassung und Verwaltung behielten deutsches Gepräge. Allerdings suchte die Theorie und ihr folgend, vielfach auch die Praxis, alle Begriffe in die römische Schablone zu zwängen, dadurch ist der Charakter mancher Rechtsinstitute bedenklich verwischt worden.

Auch im Ausland haben Rezeptionen römischen und kanonischen Rechts stattgefunden. Aber nirgends so intensiv wie in Deutschland. Insbesondere die britischen Inseln haben erfolgreich widerstanden und auf germanischer Grundlage ein Recht entwickelt, das sich dem modernen Kulturfortschritt ebensogut und besser anzupassen vermochte wie das stark romanisierte Recht des Kontinents.

5. Die Würdigung der Rezeption führt auf zwei einander entgegengesetzte Gesichtspunkte. Die Romanisten (Erforscher, Lehrer und Freunde des röm. Rechts) preisen die Bereicherung und Veredelung unseres Rechts durch die Aufnahme des in großartiger Kraft und Fülle aufgebauten römischen, die Rezeption ist ihnen die glückhafte Auffindung eines unerschöpflichen Schatzes. Die Germanisten (Erforscher, Lehrer und Freunde des deutschen Rechts) blicken in Trauer zurück auf das vom römischen verdrängte deutsche Recht wie auf den versunkenen Nibelungenhort und erachten die Rezeption als ein nationales Unglück. In Wahrheit haben beide Gesichtspunkte ihr Richtiges und müssen einander ergänzen. In der Art und in dem Umfange, in dem sie gekommen ist, als eine alle Deiche überspülende Sturmflut war die Rezeption jedenfalls keine Notwendigkeit. Man weiß heute, bei immer besserer Erschließung der Rechtsgeschichte des 12. bis 14. Jahrhunderts, daß das deutsche Recht wohl imstande gewesen wäre, aus sich heraus die den veränderten Bedürfnissen entsprechenden Rechtsinstitute zu schaffen; triebkräftige Ansätze dazu waren da. Es brauchte des röm. Rechtes nicht. Unserem Volke

wäre ein großer, verhängnisvoll aufreibender Geisteskampf erspart geblieben, hätte die Rechtsentwickelung sich in nationalen Gleisen vollzogen. Schlimme Gegensätze, die noch den heutigen Generationen das Leben schwer machen, wären nicht entstanden. Gewinn ist aus diesen Kämpfen und diesen Gegensätzen nicht erwachsen; ihre schädlichen Folgen werden wir noch beleuchten. Es war ein unseliges Verhängnis, daß in derselben Stunde, da wir uns nach einer Richtung hin von der Übermacht des römischen Geistes befreiten, diese auf einer anderen Seite wieder erdrückend hereinbrach. Dem gegenüber darf man aber das kräftig zum Fortschritt drängende Element, das in einem Vorgang wie die Rezeption liegt, nicht übersehen. Auf keinem Felde darf die nationale Kultur gegen Einflüsse von außen durch chinesische Mauern abgesperrt werden. Die geistige Berührung der Nationen, das Ineinandertauchen der Kulturkreise ist einer der unerläßlichen Hebel des Fortschritts. Ist Faust, dies wundervolle Denkmal deutschen Geistes, möglich ohne die Aufsaugung unübersehbarer Elemente nichtdeutscher Kultur; und selbst, wenn man zu primitiverem zurückgreift: ist die urhellenische Odyssee denkbar ohne eine Menge Phönizisches, und wie viel nichtisraelitische Anregungen birgt doch der Inhalt des Alten Testaments? Ohne Befruchtung von außen erstarrt das Recht wie alle anderen Kultursysteme. Aber es hätte ein Maß gehalten werden müssen. Man muß Bestandteile des röm. Rechts unterscheiden, die sich der deutschen Rechtsidee assimiliert haben, von solchen, mit denen diese keine Verbindung hat eingehen können. Jene — nicht wenige! — müssen als dem deutschen Recht zu eigen betrachtet werden, so wie es auch Elemente des französischen und englischen Rechts geworden sind, die wir rezipiert haben. Es verhält sich damit wie mit Lehnwort und Fremdwort. Dieses erweckt dem Sprachgefühle Unlust, jenes mögen wir nicht missen. Die dem deutschen Rechte eingewachsenen Bestandteile römischen Rechts wieder herausklauben zu wollen, weil sie einmal fremde waren, ist daher sinnlos.

Anders liegt es mit den nicht assimilierten Massen des rezipierten Rechts. Hier ist kein Gesichtspunkt, der Schonung gebietet. Selbst der Umstand, daß die deutsche Rechtswissenschaft am röm. Rechte einst überhaupt methodisch juristisch hat denken lernen, fällt so schwer nicht mehr ins Gewicht. Er muß gegen das, was die Rezeption geschadet hat, zurücktreten.

Dem röm. Rechte fällt zu einem großen Teile die kastenmäßige Ständescheidung zur Last, die sich in Deutschland noch heute bemerkbar macht. Es war nicht bloß die Liebe zum Herkommen, sondern daneben ein Grund sehr aktueller Natur, der in den Bauern Widerstreben und Haß gegen das röm. Recht hervorrief; prägte es doch die losen, Ehre und Rang nicht übermäßig mindernden Abhängigkeitsverhältnisse der Bauern gegenüber den Herren, wie das deutsche Recht sie hatte, in blindem Doktrinarismus um in die Kategorie der Knechtschaft. Als geistig wertvolles und politisch urteilsfähiges Element, wie er es im skandinavischen Norden blieb, ging der Bauernstand damit für Deutschland verloren! Aber selbst nachdem sich der Bauer ins Joch der Fronen längst gebeugt, blieb der Haß gegen das röm. Recht und seine Vertreter, die fürstlichen Richter, vor allem die Advokaten, zurück, wegen der Gegensätzlichkeit des Rechtsbewußtseins. Und auf diesen Gegensatz taten sich die gelehrten Juristen gar noch viel zugute, denn das deutsche Recht galt als ein barbarisches und plebejisches, das römische umgab die Aureole der Vornehmheit und feinen Bildung. Das war zugleich ein Anstoß zu mannigfacher Überhebung für die Juristen. Aber das schlimmste dabei war und bleibt die Zwiespältigkeit des Rechtsbewußtseins. Es gibt kaum eine schlimmere Quelle stets genährter Bitterkeit und Gehässigkeit, als wenn die Bevölkerung in zwei Teile zerfällt, die einander in ihrem Rechtsbewußtsein nicht verstehen. Spürt doch selbst der einzelne oft brennendes Unbehagen in der Seele, wenn ihm ein dem seinigen zuwiderlaufendes Rechtsbewußtsein irgendwie einmal schroff und unvermittelt entgegentritt. Nun gar, wenn, wie hier der Fall, dieser Teile einer die gesamte Masse der Rechtsuchenden, der andere die rechtgebenden Personen in der Bevölkerung darstellt. Denn der nichtbäuerlichen tritt ja das römische Recht doch auch als ein fremdes gegenüber. Es bedeutet das schließlich nichts anderes als die vielberufene „Entfremdung zwischen Recht und Volk". Mangel an Verständnis und an Liebe für das geltende Recht machen sich da in gleichem Maße bemerkbar. Der Römer hatte für Rechtsangelegenheiten ein warmes ursprüngliches Interesse. Beim Spaziergang über das Forum mochte es ihn zum Anhören einer Verhandlung locken, und er konnte ihr mit Verständnis folgen. Wenn bei uns der — noch so gebildete — Laie mit Interesse eine Rechtssache verfolgt,

so wird der Jurist meist in der Lage sein, ihm sagen zu müssen, daß er sich an Äußerlichkeiten weide, ohne den Kern der Sache zu erfassen. Und schließlich genügt ein Blick in das bürgerliche Gesetzbuch oder die Zivilprozeßordnung, um zu sehen, wie weit das geltende Juristenrecht vom Volksverständnis abliegt. Dem entspricht die Verständnislosigkeit, die das Laienpublikum der Rechtswissenschaft (mehr als jeder anderen!) entgegenbringt[1]). Jedoch die Zerrissenheit des Rechtsbewußtseins wirkt nicht nur gesellschaftlich zerklüftend und bildungspaltend, sondern sie betrifft auch das Volk als ganzes, die Juristen eingerechnet, und markiert sich entsprechend in der Seele jedes einzelnen. Der einzelne Jurist ist, bevor er das Recht studiert, ja auch Laie, und auf sein ursprüngliches deutsches Rechtsbewußtsein wird dann das römische künstlich aufgepfropft. So wird er zum Richter und schließlich auch zum Gesetzgeber. Wir müssen die tastende Unsicherheit, die unsere Gesetzgebung und Rechtsprechung an manchen Stellen zeigt, auf die Zerrissenheit des Rechtsbewußtseins schieben. Der heutigen Rechtschöpfung treten z. B. Probleme entgegen, die der sozial und assoziativ gerichtete deutsche Rechtsgedanke viel besser löst als der individualistische römische. Da ist unser halbromanisiertes Rechtsbewußtsein uns hinderlich. Auch an anderen Stellen wird das deutsche Volk in sicherem Schritte der Rechtsentwicklung sich bewegen, sobald ein einheitlich nationales Rechtsbewußtsein sich endlich wieder hergestellt haben wird. Die Wissenschaft muß — freilich unter steter Würdigung solcher fremder Errungenschaften, die auch uns bereichern können, — durch sorgsame Pflege der deutschen Rechtsidee in Geschichte und Dogmatik dies Ziel vorbereiten helfen.

§ 8. Die Neuzeit.

Seit der Rezeption schreitet nach ihren Anregungen das Recht fort bis an die Schwelle der modernen Rechtsgestaltung des 19. u. 20. Jahrhunderts.

1. In völligen Verfall gerät das Staatsrecht des röm. Reichs Deutscher Nation. Bekanntlich haben

[1]) Sehr illustrativ auch das Verhältnis des römischen und des modernen Rechtsbeflissenen zu seiner Wissenschaft. Justinian nennt seine studiosi iuris eine „legum cupida iuventus". Dem Kaiser ist das wohl Ernst. Wenn der heutige Rechtslehrer das Wort zitiert, kann es nicht wohl anders geschehen als im Sinne von mehr oder weniger liebenswürdiger Ironie.

Kaiser Max I. und seine Nachfolger eine Reichsverfassungsreform versucht, die geordnete Reichsfinanzen, ein Reichsheer, und zur Bewahrung des im gemeinen Rechte gewonnenen Reichsrechts Reichsgerichte, auch Reichskreise (auf dem Grunde alter Landfriedensverbände) als Träger der Reichsheeres- und Reichsfinanzverwaltung und geordneter Beteiligung der Reichsstände am Reichsregiment schuf. Ebenso bekannt, daß damit nichts erreicht ward. Der gemeine Pfennig, die Römermonate wurden nicht gezahlt. Die Reichsarmee — eine militärische Karikatur, seit Roßbach mit unsterblicher Lächerlichkeit belorbeert. Der Reichsgerichtsbarkeit wußten die Reichsstände sich durch privilegia de non appellando[1]) und de non evocando[2]) zu entziehen. Das Reichskammergericht war an Promptheit der Justiz etwa dasselbe wie die Reichsarmee an Schlagfertigkeit, und auf derselben Höhe standen die Leistungen des Reichstags. Die Fürsten waren wohl geneigt, sich am Reichsregiment zu beteiligen, aber nur um die Zentralgewalt zu schwächen. „Kaiser und Reich" bezeichnet schließlich zwei Faktoren, die in stetem Gegensatz aneinander sich reiben. Zu alledem kommt noch, daß gerade in der Zeit, die das Reichsstaatsrecht wiederherzustellen unternimmt, der Religionszwist einen Zersetzungsfaktor erzeugt von viel tieferen Wirkungen als die kraftlosen Bindemittel der Reichsreform. Die Durchlöcherung der Kaisermacht überschreitet am Ende so alle Grenzen, daß die Rechtstheorie, das Reich bilde eine, wenn auch noch so lose Lehnsmonarchie, sich den Tatsachen gegenüber

[1]) Dieselben verboten den Untertanen der damit begnadeten Reichsstände, an die Reichsgerichte zu appellieren.

[2]) Dieselben verboten den Reichsgerichten, Untertanen der damit begnadeten Reichsstände vor ihr Forum zu ziehen.

kaum mehr aufrechthalten läßt. Die Reichsverfassung ist eine wahrhaft monströse, der Scharfsinn eines Pufendorf muß daran scheitern, sie irgendwie juristisch zu qualifizieren. Den letzten Stoß gab ihr der Westfälische Friede, darin der Kaiser den Reichsständen die Souveränitätsrechte, Kriegsrecht, Bündnisrecht und Gesandtschaftsrecht gewähren mußte. Bloß gegen den Kaiser durfte Krieg oder Bündnis nicht gerichtet werden. Die legislatorische Kritik dieser Klausel liefern die Schlachtfelder des Siebenjährigen Krieges. So faulte die Reichsverfassung hin, bis sie im Sturm des napoleonischen Zeitalters unterging.

2. Aufstrebend entwickelte sich dagegen das Staatsrecht der absoluten Monarchie in den außerdeutschen Staaten und den deutschen Territorien. Es gelang den Landesherren, die Landstände, die sich ihnen gegenüber ebenso verhielten wie sie selbst als Reichsstände gegenüber dem Kaiser, niederzuzwingen. Alle Hoheitsrechte, insbesondere z. B. das Recht, eigene Militärmacht gleichviel ob Lehns- oder Soldtruppen zu halten und ihre weitgehenden Rechte bezüglich des Finanzwesens werden den Ständen entzogen, die lokale Polizei und Justiz freilich bleibt als sog. „patrimoniale" noch lange in den Händen der Gutsherren. Mit einer aus wenigen Räten bestehenden Kanzlei (nach der in ihr vorherrschenden Beschäftigung mit den Finanzen auch nach der Schatzkammer schlechthin „Kammer" genannt) als einziger Zentralbehörde erledigt ursprünglich der Fürst die spärlichen Regierungsgeschäfte. Unter dem Einfluß der Rezeption entwächst aus ihr als zentrale Justizbehörde das Kammergericht. Weiter entließ mit wachsenden Geschäften die Hofkanzlei aus sich: für die geistlichen Angelegen-

heiten das Konsistorium, für das Kriegswesen die Kriegsräte u. dgl., so daß für die Hofkammer im ganzen nur das Finanzwesen blieb, sowie die eigentliche innere Verwaltung (die damals sog. Policey)[1]) und die auswärtigen Angelegenheiten (die im Gegensatz zur Policey damals sog. Politik). Der Landesherr konnte nun nicht mehr alle Ressorts unmittelbar leiten und umgab sich daher mit einer besonders ausgewählten Zentralbehörde, dem Geheimen Rat (16. und 17. Jahrh.). Zu den Dingen, denen der Fürst persönliche Wirksamkeit widmete, gehörten verständlicherweise die auswärtigen Angelegenheiten. Seitdem auch der Geheime Rat zu umfangreich für ständige einheitliche Leitung wurde, wurde aus ihm für diese und andere dem Fürsten sonst persönlich nahegehende Sachen das Kabinett abgesondert.

Nachdem in der Ausbildung der absolutistischen Verfassung und Verwaltung eine Zeitlang Österreich, Bayern, Sachsen im Vorsprung waren — der außerdeutschen Staaten nicht zu gedenken — ergriff auf Jahrhunderte hinaus Brandenburg-Preußen die Führung. Sein König Friedrich Wilhelm I. vollzog eine (vom großen Kurfürsten schon angebahnte) durchgreifende Reform der Staatsverwaltungsorganisation, die schließlich alle bedeutenderen deutschen Staaten nachahmten. Sie gipfelte in der fast vollständigen Trennung von Justiz und Verwaltung, während bis dahin fast alle Verwaltungsbehörden eine mit den Gerichten konkurrierende Justiztätigkeit entfaltet hatten, und mit der Schaffung eines geordneten dreistufigen Instanzen-

---

[1]) Daher stammen die Namen Kameral- und Polizeiwissenschaft, mit denen man früher die entsprechenden Teile der Staats- und Verwaltungslehre sowie der Nationalökonomie belegte.

zuges auf beiden Gebieten. Die drei Zentralverwaltungsbehörden: Generaldirektorium (für Finanz- und Militärverwaltung, sowie die übrige innere Verwaltung mit Ausnahme der Justizverwaltung), Kabinettsministerium (für das Auswärtige) und Justizdepartement (für die Justizverwaltung) sind bereits die im Keim entwickelten Vorstufen moderner Ressortministerien.

3. Die in solchen Bahnen sich entwickelnden Staaten traten seit dem Dreißigjährigen Kriege in so lebhaften Verkehr miteinander, daß bald allenthalben ständige Gesandtschaften errichtet wurden. Damit war für die Entfaltung eines europäischen Völkerrechts ein immer fruchtbarer sich erweisender Boden geschaffen. Der neubelebte internationale Privatverkehr fördert, in schwerstem Kampfe mit dem Zinsverbot der Kirche, Handelsrecht, vor allem Handelsgesellschaften, Wechsel und andere Wertpapiere. Und zwar sind es hier wie im Staats- und Verwaltungsrecht eigenartig moderne Rechtsbildungen, die, vom röm. Recht wenig beeinflußt, Wurzel schlagen.

4. Dagegen ist das Strafrecht jener Zeit kräftigerer Antriebe fast gänzlich bar. Deutschland erhielt 1532 eine Kodifikation in Gestalt der nach Hans von Schwarzenbergs constitutio criminalis Bambergensis von 1507 gearbeiteten constitutio criminalis Carolina (Peinlichen Gerichtsordnung Karls V.; C. C. C. oder P. G. O.), eigentlich einer Prozeßordnung, die nur in Art. 104—208 das materielle Strafrecht enthält. Von bloß subsidiärer Geltung, hat sie doch auf Wissenschaft und Praxis größten Einfluß geübt. Die Rückständigkeit des Strafrechts ist vor allem zu erkennen in den barbarischen Strafen an Leib und Leben. Der „bürgerliche

Tod" (Verfall in völlige Recht-, also auch Besitzlosigkeit) und die Vermögenskonfiskation gaben ihnen an furchtbarer Wirkung kaum nach. Freiheitsstrafen waren selten, die Galeeren und die für Untersuchungsgefangene und Strafgefangene zugleich bestimmten Gefängnisse bis zum 19. Jahrhundert fast überall in der Welt finstere überfüllte Höhlen voll Elend, Seuche, Tod, Unzucht, Spiel, Trunk, dabei zugleich Irrenhäuser und gleich Tiergärten teilweise Volksbelustigungsstätten. Wiewohl die Carolina ausdrücklich erklärt, mildernd einzugreifen, und wiewohl die spätere Praxis wiederum die harten Straffestsetzungen der Carolina systematisch umging, verfährt man immerhin noch im 18. und teilweise selbst im Anfang des 19. Jahrhunderts mit einer modernem Humanitätsgefühl schlechthin unerklärlichen Grausamkeit, die auch durch die namentlich seit dem Dreißigjährigen Kriege (wahrscheinlich der Geburtsepoche des internationalen Gaunertums) furchtbare Roheit und Häufigkeit der Verbrechen nicht gerechtfertigt wird. Der Strafprozeß, in dem das Inquisitionsverfahren[1]) völlig durchgedrungen, ein wahres Schreckenis: mit unheimlicher Heimlichkeit, mit quälender Untersuchungshaft, langsamem, schriftlichem Verfahren, mit seinem durch die Folter beherrschten formalen Beweissystem und seinen für nicht voll überwiesene, doch dringend verdächtige Angeklagte zu verhängenden Verdachtsstrafen. Dabei das materielle Strafrecht wie der Prozeß im Banne düsteren Aberglaubens; es loderten allenthalben die Scheiterhaufen der Hexen und Zauberer; den Widerspruch erleuchteter Geister drückte die Autorität der angesehensten Praktiker

[1]) Darin „artikuliertes" Verhör (nach vorentworfenen Fragebögen). Über den Begriff vgl. Anm. 2.

nieder, die den Hexenprozeß wie die Folter für unentbehrlich hielten. Auch in der genaueren Bestimmung und Abgrenzung der strafbaren Handlungen wurde fast gar nichts geleistet. Immerhin erreichte einerseits die P. G. O., andererseits die sächsische Praxis, Wissenschaft und Gesetzgebung manches im Sinne der Rechtseinheit und also behufs Zurückdrängung der S. 86 f. gekennzeichneten Übelstände.

5. Die Domäne des röm. Rechts (und damit der Wissenschaft) waren das Privatrecht und der Zivilprozeß. Freilich ist weder das gemeine Zivilrecht noch der gemeine Zivilprozeß rein römisch. Waren sie doch schon nicht in ursprünglicher Gestalt, sondern wie sie aus der Werkstatt der italienischen Praxis kamen, rezipiert worden. In dieser waren namentlich Elemente aus den kanonischen (kirchlichen) Quellen ins röm. Recht eingedrungen [1]), und zwar in den Prozeß so stark, daß man den gemeinen Prozeß seinem Quellenmaterial nach als „römisch-kanonischen" bezeichnen muß. Das Privatrecht nahm aber bei seiner Anwendung in Deutschland zahlreiche deutschrechtliche Elemente auf, die zu beseitigen dem romanistischen Zelotismus der Rechtsgelehrten nie gelang, die sich vielmehr gewissermaßen im Leibe des römischen Rechtes fortbildeten und wesentliche Bestandteile des gemeinen Rechts wurden [2]). Es ist der usus modernus

[1]) Im Privatrecht insbesondere das „kanonische Zinsverbot", wonach jegliches Zinsennehmen als Wucher galt, ferner das Recht des Besitzes und vor allem das Eherecht usw. Für den Prozeß hat das kanonische Recht vor allem das Verfahren in Ehesachen sowie die summarischen Prozeßarten begründet, aber auch im ordentlichen Verfahren (ordo iudiciorum sollemnis) selbst grundlegende Neuerungen geschaffen. Z. B. das „artikulierte Verhandeln", wobei die Parteibehauptungen streng in einzelne Punkte (articuli, positiones) gegliedert sein müssen.

[2]) Auch wurde das Recht durch Reichsgesetze fortgebildet.

(scil. pandectarum), als welcher das röm. Privatrecht in Deutschland zur Herrschaft kommt. Der gemeine Zivilprozeß empfing durch die Reichsgesetzgebung mancherlei Neuerungen[1]). Aber auch die partikulare Gesetzgebung, besonders die sächsische, hat in 400jähriger Entwickelung an der Verbesserung des Prozesses emsig gearbeitet und die Grundlagen für die moderne Zivilprozeßreform schaffen helfen. Und das war gut; denn wie überlegen auch der gemeine Prozeß den älteren deutschrechtlichen Formen gegenüber war, so war er doch nichts weniger als ein auserwähltes Instrument der Volksbeglückung. Heimlich, schriftlich war das Verfahren. Die Parteien reichten langatmige Schriftsätze ein, und das Gericht entschied auf Grund schriftlicher, von den Referenten angefertigter Aktenberichte (Referate) und Gutachten (Voten). Das ergab natürlich ein furchtbar langwieriges Verfahren[2]), zumal ein moralisch wenig hochstehender Advokatenstand zur Verschleppung der einträglichen Prozesse das seinige beitrug. Dabei wurde noch die Rechtssicherheit durch die unabsehbare Zahl der Kontroversen innerhalb des materiellen Rechtes aufs höchste beeinträchtigt, sowie durch Reste der Rechtszersplitterung (S. 74 ff. 86 f.), die das gemeine Recht, als subsidiäres, ja nie ganz hatte beseitigen können.

Die vorsorglichen absoluten Herrscher der deutschen Territorien, insbesondere die Könige Preußens, suchten seit Beginn des 18. Jahrhunderts nach Abhilfe für die Übel.

Zuerst unter Friedrich Wilhelm I., dann unter Friedrich II. arbeitete Cocceji an einer umfassenden Landrechtskodifikation,

---

[1]) Reichskammergerichtsordnungen. Dann besonders der jüngste Reichsabschied (J. R. A.) 1654.

[2]) Vgl. Goethes Dichtung und Wahrheit über das Reichskammergericht.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY.

einem corpus iuris Fridericiani. Aber seine Werke blieben Entwurf bis auf eine für den Bagatellprozeß grundlegende Zivilprozeßreform[1]). Und als das Gesetzgebungswerk dann in Fluß kam und erfolgreich beendet wurde, da fiel es in eine Zeit, die eine neue Epoche der Rechtsentwickelung bedeutete, und die wir erst des näheren charakterisieren müssen. Es war aufgebaut auf die Ideen dieser Zeit und stellt selber einen ihrer bedeutsamsten Zeugen dar.

6. Es ist die Zeit der Verarbeitung der Gedanken der Aufklärung in das Recht (1770—1870). Das Naturrecht ist der Mittler, der diesen Gedanken zur Aufnahme in das positive Recht verhilft. Der eigenartige Charakter der Aufklärungsperiode aber ist die liberale Idee, der Individualismus, der den Einzelnen gänzlich aus der Verbandsgebundenheit herauslöst, soweit er nicht freiwillig Verbandsverträge schließen wolle.

Seine Wirkung äußert er zunächst im Staatsrecht. „Freiheit und Gleichheit hört man's schallen." Das Naturrecht jener Zeit dekretiert, Freiheit und Gleichheit seien einem jeden Individuum von Natur und kraft Vernunftgesetzes eigen, seien angeborene Menschenrechte (Rousseau). Diese können weder durch den Staatsvertrag (contrat social) noch anderweitig aufgegeben werden, vertraglicher Eintritt in die Sklaverei ist unmöglich, weil diese dem Naturrecht widerspricht. Der Wille ist frei. Er kann alles wollen. Aber nicht seine eigene Unfreiheit. Auf Grund dieser Dogmen vollzieht sich eine grundstürzende Änderung der Gesellschaftsordnung. Die Beschränkungen der persönlichen Freiheit müssen fallen, als da sind Leibeigen-

---

[1]) Seinem persönlichen Einfluß auf Friedrich II. ist die Abschaffung der Kabinettsjustiz, d. h. die volle Befreiung der Rechtsprechung vom Einfluß des Königs zu danken.

schaft, Gutsuntertänigkeit usw., wie sie in verschiedenen Formen und Graden die bäuerliche Bevölkerung gefesselt hielten. Die Bauernbefreiung geht ihren Gang, in Preußen zwar vom allgemeinen Landrecht gegen den Vorschlag Svarez' (S. 105) noch zurückgestellt, dafür dann in der Stein-Hardenbergschen Reformgesetzgebung verwirklicht. Die Reste des Lehnswesens fallen schon fast ganz; in die Zünfte wird Bresche gelegt, Gewerbefreiheit angestrebt, gemäß dem individualistischen Grundsatz, daß freier Wettbewerb die Wirtschaft am besten fördere. Volle Vertragsfreiheit, begrenzt nur, wie gezeigt, durch die unverlierbaren, unverjährbaren Menschenrechte, gibt dem Güter- und Werteaustausch in Kauf und Darlehen, dem Kredit- und Zollwesen, sowie dem Arbeitsvertrag endlich die Elastizität, die die beginnende Großindustrie, das sich ankündigende Maschinenzeitalter verlangt. Alle Untertanen werden Staatsbürger mit gleichen bürgerlichen Rechten, und zwar auch insofern, als gleichzeitig die bedeutsamen Vorrechte des Adels usw., z. B. Militärdienst und Steuerfreiheit, vor allem aber die patrimoniale Gerichtsbarkeit und Polizei beseitigt wird. Hiermit fallen der Verwaltung des Staates so große Gebiete neuer Tätigkeit zu, daß allenthalben eine durchgreifende Verwaltungsreform sich als nötig erweist, so daß außer für das eigentliche Staatsrecht auch für das Verwaltungsrecht ein neuer Zug der Entwickelung bedingt ist[1]).

Diese aber verschmilzt alsbald mit einer weiteren Richtung in der Entwickelung der Verfassung. Die „Frei-

[1]) In Preußen Stein-Hardenbergsche Verwaltungsreform.

heit" wird nicht nur im Sinne der Befreiung von Hörigkeit, sondern auch in dem der von Rousseau und der französischen Revolution verkündeten „Volkssouveränität" aufgefaßt. Danach muß „das Volk" mindestens einen Anteil an der Staatslenkung haben, es entsteht so der Konstitutionalismus im Gegensatz zu dem bis dahin herrschenden Absolutismus, dessen Wahlspruch gewesen war: „Alles fürs Volk, nichts durchs Volk." Wie ist die konstitutionelle Forderung erfüllbar? In Schweizerkantonen, aber nicht in Großstaaten mag die Menge selbst raten und taten. Montesquieu (esprit des lois) findet in Aufnahme Aristotelischer und Lockescher Gedanken die Lösung: das Volk läßt sich durch Deputierte in der Gesetzgebung repräsentieren. Die „3 Gewalten" dürfen nicht in einer übermächtigen Hand der Monarchen- oder Pöbeldespotie sein: dem Volk die Gesetzgebung, dem König die Verwaltung (und etwa Anteil an der Gesetzgebung), unabhängigen Richtern die Justiz. So kann kein Faktor im Staat übermächtig werden, sie kontrollieren und regulieren einander gegenseitig. Wer einst vor den König (oder seinen abhängigen Gerichtshalter) als Richter trat, bestehendem Recht vertrauend, dem konnte es begegnen, daß jener, als oberster Gesetzgeber, statt zu richten, mit neuem unbekannten, aus Willkür für den Einzelfall gemachtem Recht all seine Ansprüche umwarf, seines Tuns und Unterlassens, seiner Arbeit und seiner Enthaltsamkeit Werte vernichtete. Wenn der Bürger früher über einen Mißgriff, eine Unterdrückung seitens der Verwaltungsorgane sich beschwerte, fand er als Richter zwischen sich und dem Gegner — eben den Gegner, die Verwaltungsbehörde. So wird vom Standpunkt der Gerechtigkeit die Undifferenziertheit

von Gesetz, Rechtsspruch, Verwaltungsakt als tiefste Ruchlosigkeit erkannt. Im gewaltenteiligen Rechtsstaat, da der Richter unter festem Gesetz steht, das er auch auf Handlungen von Behörden superior anwendet, ist sie in Fesseln geschmiedet. Die französischen Verfassungen von 1791 und 1814, die belgische von 1831, die besonders vorbildlich gewirkt hat, die preußische von 1850, endlich die des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs [1]) sind die wichtigsten Marksteine auf dem Gange dieser neuen Prinzipien.

Im Strafrecht äußerte sich der Individualismus in Gestalt des regen Wohlwollens gegen das Individuum, in der Humanität. Das Heer der Gegner von Folter, heimlich-inquisitorischem Verfahren und grausamer Leibesstrafe vermehrte sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts; Voltaire und die Italiener Filangieri und Beccaria führten es schließlich zum Siege. In Preußen hatte Friedrich II. bereits die Folter abgeschafft (1838 letzte Hinrichtung mit dem Rade; letzte Hexe 1782 zu Glarus verbrannt). Die noch übrigen Forderungen: Einführung des Anklageprinzips, der Kollegialgerichte und der Laienbeteiligung (Schöffen- und Geschworenengerichte), Mündlichkeit sowie Öffentlichkeit des Verfahrens in den Strafprozeß fand in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchweg Verwirklichung, alle in hervorragendem Maße geeignet,

---

[1]) Die Aufrichtung des Deutschen Reichs wurde lange dadurch in Frage gestellt, daß man es sich nicht anders denken konnte denn mit dem Kaiser als Reichsmonarchen, der durch ein „Volkshaus" und ein „Staatenhaus" (Fürstenvertretung) konstitutionell beschränkt sein sollte. Damit wären die Fürsten zu Untertanen herabgedrückt worden und eine Zentralisation eingetreten, die der berechtigten Stammeseigenart zuwider läuft. In der geltenden Verfassung hat Bismarcks Scharfblick das Problem gelöst, indem als oberstes Organ die verbündeten Regierungen auftreten und der Kaiser als Bundespräsident nur primus inter pares ist

die Interessen des Beschuldigten gegen Übergriffe des Gerichts zu sichern.

Auch der Zivilprozeß erfährt durchgreifende Modernisierung. Der Individualismus betont den Respekt vor dem privaten Interesse, gleichzeitig aber den Grundsatz, es sich selbst zu überlassen, dermaßen daß jedes Offizialverfahren (inquisitorisches Verfahren) unerträglich empfunden und demgemäß hier der Anklageprozeß in vollem Umfange hergestellt wird[1]). Zugleich wurde Öffentlichkeit und Mündlichkeit eingeführt und das ganze Verfahren, des sächsischen, gemeinrechtlichen (im Konkurs auch spanischen) Formalismus entkleidet, nach französischem Vorgang zu hoher Geschmeidigkeit erhoben, ohne an Sorgfalt und Sicherheit zu verlieren.

Das Privatrecht hat sich, im Vergleich zu den anderen Rechtsteilen, nicht wesentlich verändert. Im röm. Recht hatte der Individualismus keine Mission zu erfüllen; das entsprach schon von selber seinen Anforderungen. Schrankenlose Vertragsfreiheit, allenthalben schärfste Wirksamkeit des Einzelwillens unter Vernachlässigung selbst wichtiger Gemeininteressen war in ihm schon lange verwirklicht. Nur die Rechte an Landbesitz, auf deutschrechtlicher Grundlage beruhend und vielfach Mehreren gemeinsame, schwerfällig zu handhabende Befugnisse zuweisend, wurden zugunsten des individuellen Privateigentums erheblich umgestaltet[2]).

---

[1]) Im Strafprozeß hat man sich zweckmäßigerweise mit einer Kombination von Anklage- und Untersuchungsmaxime begnügt.

[2]) Dahin gehören: a) Aufteilung der Allmende. b) Separation und Verkoppelung, d. h. Beseitigung der Gemengelage der Grundstücke und Zuweisung derselben an bestimmte Eigentümer in geschlossener Gestalt. c) Ablösung kulturschädlicher Grunddienstbarkeiten und Reallasten. Die

7. Die Aufklärungsperiode war von einer hohen Siegessicherheit bezüglich ihrer kulturellen Errungenschaften wie ihrer wissenschaftlichen Lehrmeinungen getragen. Die Unumstößlichkeit der von ihr erzeugten Naturrechtsdogmen war ihr gewiß. Was Wunder, wenn sich mächtiger denn je die Lust zum Kodifizieren regte! In Preußen nahm Coccejis Nachfolger Carmer, unterstützt von seinem Rate Johann Gottlieb Svarez, die Arbeit am Landrecht auf. Dank der aufopferungsvollen Mühewaltung Svarez', des hellsten unter den Sternen am preußischen Juristenhimmel, konnte nach vielen Fährlichkeiten das Werk unter Dach gebracht werden. Vom 1. Juni 1794 hat das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (mit einer Allgemeinen Gerichtsordnung, einer Hypotheken- und einer Depositalordnung eine Kodifikation fast des gesamten Rechtsstoffs darstellend) bis zum 31. Dezember 1899 als subsidiäres Recht der preußischen Monarchie hinter den Provinzialrechten gegolten.

Der Plan, das Gesetz auch dem Laien verständlich zu machen, mißlang trotz der überreichlichen Kasuistik — „aber es ist sehr dicke" hatte Friedrich II. sich geäußert — und der populären Sprache, in der Svarez die Basis der modernen deutschen Rechtssprache geschaffen hat. Der Geist des Gesetzes war beherrscht vom Naturrecht und den Programmen des wohlwollend bevormundenden Polizeistaats. Die stoffliche Grundlage ist das römische Recht; aber viele deutschrechtliche Elemente sind aufgefrischt und das Ganze meisterlich zu einer Einheit erhoben, die unter dem Namen „Preußisches Recht" einen ehrenvollen Platz in der Rechtsgeschichte behauptet.

---

hierbei zu übenden Geschäfte der Verwaltung berühren sich vielfach eng mit den aus der Bauernbefreiung entstandenen. Man spricht bezüglich des ganzen wohl von „Agrarrecht", „Agrarreform", „Agrargesetzgebung" usw.

Ähnlich hat sich Frankreich in seinen cinq codes (code civil 1804 — auch code Napoléon genannt —, code de commerce 1807, code de procédure 1806, code pénal 1810, code d'instruction criminelle 1808) ein großartiges und vielfach grundlegendes Gesetzbuch geschaffen, das in Frankreich mit geringen Veränderungen fortgilt, zahlreiche Nachahmungen in romanischen Staaten fand und, in der Franzosenzeit nach Baden und der Rheinprovinz gelangt, dort teilweise ebenfalls bis 1900 gegolten hat. Von sonstigen Gesetzesschöpfungen der Zeit sind das (noch geltende) österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 und das hochbedeutsame bayrische Strafgesetzbuch Anselm v. Feuerbachs 1813 zu erwähnen.

8. Seitdem die Aufklärungsperiode selbst zu Ende ist — mit dem beginnenden 19. Jahrhundert — regt sich vielfältige Reaktion gegen die von ihr vertretenen Anschauungen; zwiefach berühren sie auch das Recht.

Die Siegessicherheit des stürmischen Fortschrittstrebens ist am Widerstande rauher Wirklichkeit zu nichte geworden. Das 18. Jahrhundert „sah den Gipfel der Humanität fern am Horizont ragen und glaubte, es sei lediglich ein Spaziergang, zu ihm hinauf zu gelangen; heute stehen wir am Fuße des Berges, sehen alle Riffe und Zacken, alle gefährlichen Steige, alle schroffen Abhänge, die den langen, langen Weg erschweren, und wenn auch nicht mutlos, so doch in tiefernster Stimmung und ohne Zuversicht, für unsere Person auf den Gipfel zu gelangen, mehr im Bewußtsein, den Folgenden den Weg zu bahnen als in der Hoffnung, dort oben eine freiere Luft zu atmen, beginnen wir den Aufstieg." (A. Klaar.) Dieser, durch einflußreiche Juristen mit anderweiten Gründen verstärkten Stimmung erlag die frisch-fröhliche Kodifikationslust[1]). Man zog es vor, die notwendigen Neuerungen, die man ja doch wahrscheinlich in absehbarer Zeit würde verändern müssen, in Spezialgesetzen auszuprägen: die preußische Gesetzsammlung hat deren seit lange jährlich einen starken Band. Nichtsdestoweniger sind jedoch auf dem Gebiet des Prozesses und des

---

[1]) Insbesondere wirkte in dieser Richtung Savignys Schrift „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft", in der er sich gegen den Heidelberger Pandektisten Thibaut wandte, welcher die Schöpfung eines einheitlichen Deutschen Privatrechts warm befürwortet hatte.

Strafrechts zahlreiche und beachtenswerte Gesetzbücher zustande gekommen.

Eine fernere gegen die Aufklärungsperiode sich erhebende Reaktion geht gegen ihren Kern, den Individualismus. Es ist die sozialistische Tendenz, die die Geltung des Individuums hinter die Rücksicht auf das Wohl der Gesamtheit zurückstellt und vor allem vom Staate verlangt, zu diesem Behufe mit seiner Gesetzgebung einzugreifen. („Staatssozialismus.") Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts ist sie mächtig genug, um auf das Recht Einfluß zu gewinnen, und zwar so maßgebenden, daß sie die Überlieferungen der Aufklärung, soweit sie ihr widersprechen, großenteils zurückdrängt. So entsteht eine neue Epoche der Rechtsgeschichte[1]) mit der Signatur, einerseits die Errungenschaften der Aufklärung, die ihre Rolle keineswegs ausgespielt hat, zu vertiefen, andererseits das Neue, die berechtigten Forderungen des modernen Staatssozialismus, in die Wirklichkeit zu übertragen. Das hervorstechendste Zeugnis für die in dieser Richtung fortschreitenden Bemühungen ist die sog. „soziale Gesetzgebung". Der Begriff der sozialen Gesetzgebung ist enger als das Wort besagt; er umfaßt durchaus nicht alles auf die im engeren Sinne sog. sozialen Verhältnisse bezügliche Recht, sondern nur dasjenige Recht, das den Zweck hat, den wirtschaftlich Schwächeren zum Heil der Gesamtheit in seiner Existenz zu schützen. Sie geht diesen Zwecken hauptsächlich nach im Verwaltungsrecht, wo sie die Arbeiterversicherung geschaffen hat. Alsdann aber auch im Privatrecht, wo sie die Vertragsfreiheit in Rücksicht auf die wirtschaftliche Machtverschiedenheit beschränkt,

[1]) Beginnend also etwa mit der Begründung des Deutschen Reichs

damit die Schwächeren nicht genötigt sind, sich in drückende, sei es die persönliche Freiheit gefährdende, sei es die Lebenshaltung allzusehr erniedernde Abhängigkeitsverhältnisse zu begeben.

In Deutschland charakterisieren sich die letztabgelaufene und die jüngst angebrochene Epoche der Rechtsentwickelung noch besonders durch eine neue Aufnahme fremder Rechte auf Grundlage einer erst tastend, dann gelegentlich der neueren kodifikatorischen Bestrebungen immer bestimmter und systematischer auftretenden Rechtsvergleichung. Französisches und englisches Recht sind es, die nunmehr in ziemlich bedeutendem Umfange rezipiert werden. Englisches Recht hatten zunächst die Franzosen zur Basis ihres konstitutionellen Staatsrechts gemacht, freilich in teilweise mißverständlichen Anwendungen, an denen Montesquieu, der geistvolle Übermittler der Kunde vom englischen Recht, die Schuld trägt. Es wurde sodann auch maßgebend für die Gerichtsverfassung, den Straf- und in etwas geringerem Grade auch für den Zivilprozeß. In Deutschland nahm man zunächst auf diesen Gebieten die englisch-französische Rechtsgestaltung, so wie man sie von den Franzosen empfing, zum Vorbild, bald aber trat die deutsche Wissenschaft selbständig forschend den fremden Rechten gegenüber und lieferte der Gesetzgebung unmittelbare, eigene Maßstäbe für die Wertung des englischen und des französischen Rechtsstoffes. Aus solcher sind entstanden die vier Reichsjustizgesetze von 1877: Strafprozeßordnung, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Sodann die Gesetzgebung betr. gewerbliches und künstlerisches Urheberrecht,

die angesichts des durch gehobene Erfindungskraft gesteigerten Tempos der menschlichen Entwickelung von Tag zu Tag wichtiger wird. Ähnlich im Verwaltungsrecht. Man erhielt die englischen Theorien im ganzen und großen über Frankreich, bis die glänzenden Arbeiten eines Gneist der deutschen Wissenschaft den ersten Platz in der Erforschung des englischen öffentlichen Rechts sicherten. Die Gesetzgebung hat ihre Wahl im allgemeinen so getroffen, daß auf die Verwaltungsorganisation überwiegend das englische, die einzelnen Ressorts überwiegend das französische Muster Einfluß gewonnen hat. Die Grundlage unseres Verwaltungsrechts aber muß wohl doch als eine deutsche bezeichnet werden: preußisches Recht nimmt hier neben dem englischen und französischen eine vorbildliche Stellung ein. Dagegen hat man im Strafrecht bis heute in ziemlich einseitiger Weise dem französischen Rechte Einfluß gestattet, indem das preußische Strafgesetzbuch von 1851 sich eng an den code pénal anschloß und hinwiederum das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870, welches, 1871 zum Reichsgesetz erhoben, das heute geltende ist, durchaus auf jenes preußische zurückgeht. Hat man den Geist des despotischen Cäsarismus, der dem code pénal (auch nach einer 1838 erfolgten Abänderung und heute, unter der dritten Republik!) seinen Stempel aufprägt, auch abgeschwächt, so ist er doch nicht völlig unterdrückt. Und andererseits hat das 19. Jahrhundert eine Fülle strafrechtlich bedeutsamer Untersuchungen sozialer, psychologischer und psychiatrischer Natur gebracht, die dem Gesetz fast völlig fremd geblieben sind. Es ist somit, wenn auch noch eben erträglich, reif zu einer umfassenden, modernisierenden Reform.

Ob es sich empfiehlt, diese Reform in einer neuen Strafrechtskodifikation zu bewerkstelligen, erscheint allerdings mindestens zweifelhaft. Gehen doch zahllose strafrechtliche „Nebengesetze" dem Strafgesetzbuch zur Seite, d. s. Strafbestimmungen in privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Gesetzen. Die kriminalistische (d. i. spezifisch strafrechtliche) Durcharbeitung dieser „Nebengesetze" ist infolge ihrer Absonderung aus dem eigentlichen kriminalistischen Gesichtskreise vernachlässigt. Andererseits kommt bei den im Strafgesetzbuch vereinten Strafbestimmungen ihr Zusammenhang mit den privaten und öffentlichen Volksgütern, die sie schützen sollen, oft nur ganz ungenügend zum Bewußtsein.

Im Privatrecht hat das vergangene Jahrhundert dem deutschen Recht wieder einen Ehrenplatz verschafft. Das preußische Recht war dem französischen ebenbürtig. So haben bereits das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 und die Allgemeine Deutsche Wechselordnung von 1848, die nach der Reichsgründung Reichsgesetze wurden, fast die halbe Welt (abgesehen von der anglo-amerikanischen) dem französischen Rechte abgewonnen. Alsdann aber hat die nationale Einigung schließlich auch die deutsche Rechtseinheit auf dem Gebiete des gesamten Privatrechts (mit einzelnen Ausnahmen, in denen die Landesgesetzgebung kompetent bleibt) gezeitigt. Seit 1874 in Arbeit, wurde das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich (nach dem zweiten Entwurf) nebst Einführungsgesetz am 16. August 1896 publiziert und ist, zusammen mit einer Grundbuchordnung und einem Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung seit 1. 1. 1900 als Kodifikation des bürgerlichen Reichsrechts in Geltung. Durch Novellen wurden die früheren, das bürgerliche Recht mitberührenden Reichs-

justizgesetze ihm angepaßt: Reichshandelsgesetzbuch von 1897, Reichs-Zivilprozeßordnung, Reichskonkursordnung, Reichs-Gerichtsverfassungsgesetz von 1898. Wie alles Reichsrecht des neuen Deutschen Reichs brechen sie das Landesrecht und das Statutarrecht, soweit sie es nicht ausdrücklich bestehen lassen. Ihr eigenartiges Gepräge empfängt die neue deutsche Gesetzgebung dadurch, daß sie bereits Recht der neuen Rechtsgeschichtsepoche darstellt, indem sie den modernen sozialen Gesichtspunkten Eingang verschafft[1]) und sich insbesondere zu einem nach Umständen der Zeit wirksamen Werkzeug sozialer Gesetzgebung gemacht hat. Das deutsche bürgerliche Recht und die einschlägigen Teile des deutschen Verwaltungsrechts (Arbeiterschutzgesetzgebung) sind in der Lage (neben dem englischen Recht), den Versuchen der anderen Nationen, in die neue Epoche der Rechtsgeschichte einzutreten, zum Vorbild zu dienen. Das erste Mal nach langer Zeit, daß das deutsche Recht nicht bloß empfangend, sondern auch gebend mit den westlichen Rechten in Berührung trat. Das „demokratische Germanenrecht" der Schweiz (Obligationenrecht 1887, Zivilgesetzgebung 1906) schickt sich an, hierbei kräftig mitzuhelfen.

Im übrigen erheischt der stets zunehmende Völkerverkehr einen zunehmenden internationalen Austausch der Rechtselemente bei extensiv und intensiv gesteigerter Rechtsvergleichung durch die Wissenschaft, und vielfache Angleichung der nationalen Rechte aneinander. Die neue Epoche der Rechtsentwickelung wird in höherem Sinne als die bisherigen Weltrechtsgeschichte sein.

---

[1]) Im Zivilprozeß versucht dies die österreichische Zivilprozeßordnung von 1895.

II. Buch.

Die Rechtsfindung.

Geschrieben steht: „Im Anfang war das Wort!“ ... Ich kann das Wort so hoch unmöglich schätzen. . . Geschrieben steht: Im Anfang war der Sinn. Ist es der Sinn, der alles wirkt und schafft? Es sollte stehn: Im Anfang war die Kraft! ... Im Anfang war die Tat!

I. § 9. Prinzip der subjektiven Rechtsbeurteilung: Das Rechtsgefühl.

So mancher verwirft die Rechtswissenschaft oder zweifelt an ihrem Wert, weil er sie für den Inbegriff und das Erlernen veralteter und leblos starrer Vorschriften hält: er möchte lieber dem eigenen Rechtsgefühl die Schlichtungsnorm für auftretende Streitfälle entnehmen, nach dem Grundsatz „Tue recht und scheue niemand“. Das ist ein edles Wollen und unentbehrlich als die letzte und höchste treibende Kraft der Rechtsfindung. Das Rechtsgefühl vermag es über uns, daß wir uns in die Seele des in seinem Recht Gekränkten hineinversetzen; und auf Grund der „Einfühlung“, des „Nachsichselbstbeurteilens“, des „Prinzips der subjektiven Beurteilung“, drängt sich machtvoll unserem Bewußtsein die Art und das Maß der Genugtuung auf, die dem Rechtsbrecher auferlegt werden muß.

Doch man prüfe die Erscheinung des Rechtsgefühls näher an einigen Fällen. „Diesen Rohling sollte man nach meinem Rechtsgefühl prügeln.“ „Nach meinem Rechtsgefühl genügt hier Todesstrafe nicht, man müßte für solchen Schlimmeres erdenken.“ „Für einen der borgen muß, ist es schwer genug, das Darlehn zurück-

zuzahlen; ihm Zinsen abzuverlangen ist für mein Rechtsgefühl unter allen Umständen Unrecht; ist es einmal üblich, so mögen 5% zugelassen werden, darüber hinaus ist's sträflicher Wucher." „Nach meinem Rechtsgefühl erscheint es unbegreiflich, wie es dem Handlungsgehilfen verboten sein soll, für sich Geschäfte zu machen."

Es erhellt an diesen alltäglichen Beispielen das eigentümliche des Rechtsgefühls: daß es nicht nur machtvoll sich äußert, sondern heftig, „emotional". Erregt in Leidenschaft verfällt es der Übertreibung. Es ist „subjektiv" auch in einem Sinne, der es für das Recht als unzulänglich erscheinen läßt. Es ist einseitig. Das Wesen des Rechts aber ist Rücksicht auf beide Seiten.

Äußerungen, wie sie den Rechtsgefühlswallungen der hier verwendeten Beispiele entspringen, vermag doch niemand für die Gegenwart aufrecht zu erhalten, der nicht die moderne Humanität, Kultur- und Wirtschaftsentwickelung preiszugeben entschlossen ist. Wir verabscheuen es, gegen den Verbrecher, wer er auch sei, mit einer Gerechtigkeit zu wüten, die von grausamer Lust nicht frei ist. Es gibt nicht nur bedrängte Schuldner und hartherzige Gläubiger, sondern auch bedürftige, schnöde um ihr Letztes geprellte Gläubiger, leichtsinnige, betrügerische und auch gewalttätige Schuldner, die ihre wirtschaftliche, politische oder soziale Macht benutzen, um sich ihren Verpflichtungen zu entziehen. Ein Gläubiger gefährdet stets zugunsten des Schuldners das Seine. Will man die Wohltat des Kredits ermöglichen, so muß man die Gefahr vergüten. Das rechtfertigt den Zins, der die Gefälligkeit, vielleicht Opferwilligkeit des Leihenden und die Dankbarkeit des Unterstützten in ein Rechtsverhältnis bringt. Der Kaufmann, der um seinen Absatz kämpfen muß, braucht die volle Arbeitskraft des Gehilfen; noch schwerer kann er dulden, daß dieser in seinem eigenen Geschäftszweig auf eigene Rechnung arbeite, die durch seine Dienststellung erlangte Verbindung mit dem Kundenkreis ausnutzend. Während wiederum dem nicht glänzend gestellten Gehilfen einige Groschen Nebenverdienst zu gönnen sind. Es gibt auch einseitige Rechtsgefühle zugunsten des Verbrechers, z. B. Tolstois u. a., die bei jedem Verbrechen den überwältigen-

den Schuldanteil auf seiten der Gesellschaft sehen und außerdem das Strafverfahren viel roher und niederträchtiger finden als irgend eine Missetat. Einseitige Rechtsgefühle zugunsten des zinsheischenden Gläubigers und des strengen Prinzipals. Vor allem deren eigenes Rechtsgefühl. Dann aber auch derer, die sie ihrem Interesse vertraut zu machen wissen. Die Wallung des Rechtsgefühls schlägt subjektiv zugunsten desjenigen aus, der, über Rechtskränkung klagend, es momentan in Anspruch nimmt.

Wie die Beispiele erweisen, äußert das ursprüngliche Rechtsgefühl sich einseitig entweder als Mitgefühl oder als Gegengefühl. Unrichtig ist die verbreitete Ansicht, daß nur in Gegengefühlen, insbesondere in der Rache, der Ursprung des Rechtsgefühls zu finden sei. Zur wirklichen Gerechtigkeit aber gehört die unbedingte Vereinigung von Mitgefühl und Gegengefühl in jedem einzelnen Fall, wie er auch beschaffen sei. Setzt das Rechtsgefühl als ein Komplex von Gegengefühlen, als Rache-, Anklage- und Verurteilungsgefühl ein, so muß alsbald mit gleicher Macht der Komplex der Mitgefühle auftreten, der Verstehens- und Bedauerns-, der Hilfsdrang- und Verteidigungsgefühle. Wenn aber das Mitgefühl mit einem der Teile das erste war, so muß unmittelbar auch die Bereitschaft zum Mitfühlen der Lage des andern Teils sich regen. Diese Heterogonie des Rechtsgefühls ist bei einem gebildeten Rechtsgefühl tatsächlich vorhanden und sie ist es wesentlich, durch die der berufsmäßige Pfleger des Rechts von dem Nichtjuristen sich zu unterscheiden hat.

Vielfach wird daher der Jurist vom Nichtjuristen verkannt vermöge des Mangels an Verständnis für eine Höhe und Zusammengesetztheit der (besonderen) Seelentätigkeit, hinter der die Masse der Nichtjuristen weit zurückbleibt. Freilich ist die Eindeutigkeit und

die elementare Kraft des Rechtsgefühls, auf die das ursprüngliche, populäre Rechtsbewußtsein sich beruft, im gebildeten Rechtsbewußtsein verloren bzw. gefährdet. „Das Rechtsgefühl nimmt Partei" — „für" oder „gegen"; so hört man's jeden Tag; so liest man in den Zeitungen. Das populäre Rechtsgefühl setzt selber sein Wesen in die Parteinahme. Und in Wahrheit besteht im Ausschluß der Parteinahme das Wesen der richtenden Gerechtigkeit. Die Parteinahme zu vermeiden ist das Ziel der Bildung des Rechtsbewußtseins, nach dem jeder wahre Jurist sein ganzes Leben lang ringend strebt. Es ist dem Rechtsgefühl der Menschheit unendlich schwer geworden, sich zu der Erkenntnis durchzuringen, daß, wenn auf seiten einer Person ein Rechtsanspruch, eine Rechtslage besteht, nicht auf der anderen Seite eine Rechtlosigkeit oder doch eine Unrechtslage vorliegen muß, sondern daß in allen Fällen jede Partei, wie schwer auch belastet und selbst verurteilt, Rechts genießt, Rechtsschutzes teilhaftig ist. Die Menschheit hat noch heute übergenug an dieser Entwicklung zu tun. Noch ist lange nicht das Rechtsgefühl, das, heterogen, über der Parteinahme steht, das angeborene menschliche Rechtsgefühl; so daß immer noch das ursprüngliche, ungebildete, eindeutig-leidenschaftliche und parteinehmende Rechtsgefühl sich als das Rechtsgefühl schlechthin bezeichnen darf, oder als „natürliches Rechtsgefühl". Zwischen ihm und dem besonderen gebildeten Rechtsgefühl liegt aber — wie das Wort „gebildetes Rechtsgefühl" sagt, die ganze Welt des Denkens über das Recht, der Rechtswissenschaft, der Rechtsnorm (des Rechtsgesetzes) kurz der gesamten objektiven Faktoren der Rechtsschöpfung.

Noch in einem zweiten Sinne aber erscheint das Rechtsgefühl als „subjektiv". Sei von deiner gefühlsmäßig gefundenen Rechtsmeinung noch so tief und ehrlich überzeugt: du wirst finden, daß andere sie nicht teilen. Es genügt aber für die Rechtsordnung nicht, daß du selbst die Gerechtigkeit der Entscheidung fühlst, sie muß allen bewußt sein. In naiver Zeit hatte man bei seinen anerzogenen und sonstigen Rechtsmeinungen (die zugleich religiöse waren) ein so sicheres Bewußtsein des Nichtanderssein könnens, daß man den Andersempfindenden, wähnend, er müsse vom Bösen besessen sein, um das klare Gute nicht fassen zu können und zu wollen, einfach totschlug und so die Gegensätze aus der Welt schaffte. Heute ist das Rechtsgefühl nur selten noch so gewaltig, daß es für verworfene Meinungen den Tod fordert.

Das Rechtsgefühl bedarf in den beiden Hinsichten, die ihm eine für das Recht untaugliche Subjektivität anheften, der Korrektive, die ihm die erforderliche Objektivität seiner Entscheidungen verleihen. Der Mangel an Abwägung und der Mangel an Überzeugungskraft muß behoben, das Recht muß unparteilich und allgemein gültig sein; das ist seine Objektivität.

II. Prinzip der objektiven Rechtsbeurteilung: Die Rechtswissenschaft.

§ 10. Allgemeine Voraussetzungen des juristischen Denkens.

1. Zur Findung objektiven Rechtsspruchs sind folgende Möglichkeiten denkbar:

1. Wunderbar erleuchtete Männer (a. Propheten, b. Genies);
2. Göttliche Offenbarung (a. durch Zeichen von Fall zu Fall — „Rechtsmagie" —, b. Urkunden, c. Tradition);

3. Feststehen des Rechts in zu erforschenden Naturgesetzen, also durch Natur(rechts)wissenschaft;
4. Menschliche willkürliche Festlegung (a. in Gewohnheiten, b. in gesetztem Recht);
5. (Positive) Rechtswissenschaft.

Davon scheiden die naturrechtlichen aus, weil es kein Naturrecht gibt, also Nr. 3, 2, und zum Teil auch 1 a, soweit es sich nämlich auch da um Inspiration, Theurgie, Magie handelt.

Unter den Mitteln, die der Menschheit in Wirklichkeit zur Verfügung stehen, fällt der Blick zunächst auf die personale Garantie der Rechtsobjektivität (Nr. 1), auf die individuelle rechtsschöpferische Begabung, wie sie in den Idealbildern des Richters Salomo beleuchtet ist und des platonischen Philosophen. Aber gerade Platon erkannte, daß die Sophokratie, das Regiment und Richteramt des Weisen in der Welt nicht vorherrschen kann, nicht zwar, weil sein Wissen und Walten der Abwägung, Unparteilichkeit, Allgemeingültigkeit ermangelte, also in Wirklichkeit subjektiv wäre, sondern weil es keine Sicherheit dafür gibt, daß der Weise nicht der Subjektivität, der Blindheit und Parteilichkeit verdächtigt, keine Sicherheit, mit andern Worten, daß der Weise als solcher überhaupt erkannt werde. Deshalb gilt in aller Kulturwelt das Paar der beiden letzten Garantien der Rechtsobjektivität: Die Menschensatzung (4) in Verbindung mit der positiven Rechtswissenschaft (5) — die ja die vermeintlichen prophetisch-magischen, gottes- und naturrechtlichen Rechtsschöpfungsmethoden notwendig mit umfaßten (Nomokratie).

Es sind nur relative Garantien im Gegensatz zu den unmöglichen Garantieformen 1 a, 2 und 3, die absolute Geltung beanspruchen.

Aber sie haben eine höhere Objektivität als 1 und 2, weil sie im Gegensatz zur subjektiven Rechtsfindung (Gefühlsrechtsprechung) und zu dem in diesem Zusammenhang als subjektiv sich enthüllenden ersten Garantienpaar die Allgemeingültigkeit zur Erscheinung bringen und das Problem der Unparteilichkeit und schließlich das der Objektivität des Rechts überhaupt durch Entfaltung der Allgemeingültigkeit zu lösen suchen. Diese bleibt freilich bei der Gewohnheit auf der niederen Stufe bloßer Wiederholung stehen und steigt erst in der Wissenschaft und dem Wissenschaft voraussetzenden systematischen Gesetz zum Zusammenhang auf, innerhalb dessen jede einzelne Rechtsentscheidung nicht nur mehr lediglich aus und in sich selbst, sozusagen durch ihre eigene Schwere sich dauernd behauptet, sondern durch die andern Rechtsentscheidungen nach dem Satze des Grundes getragen und gefordert, bedingt und gerechtfertigt erscheint. Durch die rationale Evidenz, durch die demonstrable Notwendigkeit der Gründe, des logischen Schließens wird die Sachgemäßheit, Allgemeingültigkeit und Unparteilichkeit des Rechts gewährleistet. An die Stelle der vereinzelten, individuell-konkreten Ansprüche und Rechtslagen, der bloß „subjektiven Berechtigungen", die die subjektive Methode der Rechtsfindung (die Rechtsfindung durch bloßes Rechtsgefühl) nebst ihren pseudo-objektiven Anhängseln des prophetischen und magischen Gottesrechts hervorbringt, ist — und zwar bereits im Gewohnheitsrecht — da bereits hier das Recht als (Rechts-) Regel sich gibt — die immer wieder, die in abstracto geltende Norm getreten, das „Recht im objektiven Sinne".

Mit den Rechtsnormen zugleich erwachsen in der S. 42 dargestellten Weise (notwendig) die Rechtsbegriffe; Rechtsnormen, Rechtsbegriffe, Rechtswissenschaft sind die (abstrahierten) Bestandteile der (untrennbaren) Gesamterscheinung: „Objektives Recht".

2. Zusammenhänge zu erforschen ist das Wesen der Wissenschaft. Gegenstand der Rechtswissenschaft sind die Zusammenhänge der sozialen Zwecke und der sie setzenden und als ihre Interessen vertretenden Willensmächte. Kraft dieser im objektiven Recht sich betätigenden und auf eine ideale Einheit und Widerspruchslosigkeit hinstrebenden Zusammenhänge hat die Kulturwelt selber ihre Einheit, ist sie befähigt zu durchgängigem Austausch der Gedanken und Güter, zur Verständigung und zum Verkehr. Die Normen, also auch die Rechtsnormen treten als die ethischen Forderungen auf, an denen die einzelnen Zwecke, Willenskundgebungen, Handlungen gemessen werden. Die Wissenschaft bestimmt als ethisch richtig den Zweck, den Willen, das Tun, das ins Gesamtgefüge der ethischen Forderungen hineinpaßt.

Die ethische Richtigkeit wird vom Bewußtsein der Menschen stark der logischen Richtigkeit, die ethischen Zusammenhänge den logischen angeähnelt.

Man hört z. B. häufig sagen: Es ist „logisch", daß der Käufer eines Hauses vom Verkäufer mit dem Hause auch die Schlüssel zu dessen Türen übertragen erhält; es ist „logisch", daß jemand, der einem anderen eine Sache vorenthält, bezüglich der Früchte der Sache bei der Rückgabe schärfer angefaßt werde, wenn er die Sache in bösem Glauben, als wenn er sie in gutem Glauben besaß. (Nach römisch-gemeinem Recht muß der redliche Besitzer die zur Zeit der Klageerhebung

noch bei ihm vorhandenen Früchte herausgeben, sowie auch die, die er nachher zieht, und die, die er nach der Klageerhebung hätte ziehen können. Die vor der Klageerhebung verbrauchten behält er. Der unredliche Besitzer ist von vornherein für die Früchte haftbar, die er hätte ziehen können. — Nach heutigem Reichsrecht [Bürg. Ges.-B.] etwas komplizierter.) Umgekehrt erscheint es „logisch", daß der Eigentümer dem Besitzer für die ordnungsmäßigen Aufwendungen, die jener auf die Sache gemacht hat, einstehe. Andererseits wird es als „unlogisch" empfunden, daß unser Staat gleichzeitig den Zweikampf bestraft und, in den Offiziersehrengerichten, die ja in Erlassen des Staatsoberhauptes als des obersten Kriegsherrn, höchst offiziell anerkannt sind, Institutionen besitzt, durch die Zweikämpfe organisiert werden. Ebenso bezeichnet man es wohl als „unlogisch", wenn jemand gegen einen anderen eine, wenn auch gerechtfertigte Forderung geltend macht, deren Betrag er ihm doch aus einem anderen Rechtsgrunde unmittelbar wieder erstatten müßte, z. B. wenn der Erbe den Schuldner des Erblassers verklagt, dem dieser Befreiung von der Schuld vermacht hatte. (Sogen. Liberationslegat.) Oder man findet es „unlogisch", wenn der Käufer angehalten würde, den Preis zu zahlen, während der Verkäufer die Ware nicht liefert usw.

In allen diesen Fällen müßte man statt „es ist unlogisch" setzen: „es ist unethisch", denn es handelt sich durchaus um Zweckzusammenhänge, um ethische Forderungen. Aber dem naiven Bewußtsein ist ersteres bei weitem geläufiger. Erscheint uns doch sogar gemeinhin der Begriff der Richtigkeit ins Ethische erst aus dem Logischen übertragen, eine Tatsache, die durch den bildlichen Ausdruck „sittliche Wahrheiten" (für „sittliche Normen", „sittlich Richtiges") besonders erleuchtet wird. Der Unkundige verfällt daher häufig darein, die ethischen Zusammenhänge nicht bloß den logischen anzuähneln, sondern sie vollständig in solche umzudeuten: er vollzieht statt der Assimilation des logischen und ethischen Urteilens eine Identifikation desselben.

Das aber ist ein methodischer Fehler von den schwersten Folgen. In Wahrheit ist die Notwendigkeit, mit der Rechtssätze aneinander als Grund und Folge geknüpft sind, doch stets nur eine ethische, nicht eine logische[1]).

Sie ist daher historisch wandelbar, nicht wie die z. B. in der Mathematik ausgeprägte rein logische Notwendigkeit, streng allgemeingültig und ewig. Wer behaupten will, daß aus irgend einem Rechtssatz irgend ein anderer mit unbedingter Notwendigkeit folge, und daß es nicht anders sein könne, z. B. daß, wenn ein Recht den Kauf zulasse, es absolut notwendig die Möglichkeit geben müsse, im Prozeßverfahren wegen des Kaufpreises auch den Anspruch auf Lieferung der Ware geltend zu machen[2]), der hat den Grundsatz von der Positivität des Rechts verlassen und ist ins Naturrecht hinübergeglitten. Denn er wird keine Grenze angeben können, wo die Verknüpfungen von logischer Notwendigkeit ihr Ende finden. Die Rechtsgeschichte erweist es in der Tat, daß Normen und Rechtsbegriffe, die einer Epoche als unvereinbar erscheinen, in einer anderen aufs schönste zusammenbestehen, ja als notwendig durcheinander bedingt erachtet werden. Auf die Gefahr des öden Formalismus und Schematismus, in die die praktische Rechtsübung durch Überschätzung des logischen Elements im Recht gerät, ist bereits S. 48 nachdrücklich hingewiesen.

---

[1]) Sehr scharf drückt dies der römische Jurist Paulus bezüglich eines unserer obigen Beispiele aus. Er bemerkt zu dem Fall vom Erben, der den testamentarisch befreiten Schuldner verklagt: Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Aus der Einrede der Arglist [exceptio doli], die in solchen Fällen gegen den Kläger gegeben wurde [durch das prätorische Edikt], ist die Aufrechnung [Kompensation] entstanden.

[2]) Im ältesten römischen Recht z. B. war diese Möglichkeit nicht gegeben, sondern es mußte eine besondere Klage angestrengt werden.

Bei jeder Entscheidung eines Rechtsfalls wird der Rechtsgelehrte die einschlägigen sozialen Zusammenhänge, die Lebensverhältnisse und Daseinsformen der beteiligten Personen sich vergegenwärtigen und, untersuchend, welcher Partei Begehren dem Gesamtgefüge des menschlichen Zusammenlebens, der menschlichen Kultur sich besser, welches minder gut sich einpasse, die streitenden Interessen gegeneinander abwägen. Wenn es nottut, wird er soziale Tatsachen über die bisher bekannten hinaus ... etwa die in der Literatur noch nicht erwähnte besondere Lage irgend eines Gewerbszweigs ... oder selbst neue Zusammenhänge solcher Tatsachen ... z. B. Einfluß der Beschäftigungsart auf die Gesundheit oder auf das Familienleben in irgend einer sozialen Gruppe erforschen. In alledem treibt er freie, voraussetzungslose Sozialwissenschaft.

Aber das Recht ist nicht in allen Fällen damit bereits gefunden. Sondern viele Fälle werden den in Gewohnheiten oder Gesetzen befestigten sowie den in Volksüberzeugung und Rechtswissenschaft frei ausgewirkten Normen unterliegen, und der Richter muß vermöge der Beugung der Sophokratie unter die Nomokratie der Norm sich unterordnen. Er steht vor einer zweiten wissenschaftlichen Aufgabe: die Normen (und die Rechtsbegriffe) wissenschaftlich, d. h. in ihren Zusammenhängen zu durchdringen. Er treibt hier die an die geltenden Normen und Rechtsbegriffe gebundene (also nicht voraussetzungslose, sondern gleich der konfessionellen Theologie dogmatische) im engeren Sinne sog. Rechtswissenschaft. Die hat nicht Tatsachen und kausale Zusammenhänge der Erfahrung zu entnehmen wie die Sozialwissenschaft im engeren Sinne,

sondern nur Zweck- und Sinnzusammenhänge auszuspinnen zwischen den Normen und Rechtsbegriffen ... die ihr die Erfahrung ersetzen und abschneiden. Die Bedeutungen der Normen und Rechtssätze soll sie wissenschaftlich erkennen: Interpretation.

3. Die interpretatorische Aufgabe der Jurisprudenz rückt sie in Parallele mit den philologischen Wissenschaften. Wenn August Böckh es als die Aufgabe der philologischen Interpretation bezeichnet, „das bereits Erkannte noch einmal zu erkennen" (um es verstehend recht zu würdigen), so gilt das noch in weit höherem Maße von der juristischen. Vertieftes Verständnis eines Rechtssatzes, dahin führend, daß er als richtig, als ins Gefüge des Rechtsganzen passend oder als ihm zuwider, als falsche Rechts- (wissenschaftliche) Behauptung erkannt wird, wird erreicht, indem man ihn entweder einem allgemeineren Prinzip (d. i. ein umfassenderer Rechtssatz, ein „Obersatz") unterordnet oder in Beispielen seine konkreten Anwendungen aufstellt. In der Praxis ist natürlich letzteres weit häufiger; die Aufsuchung allgemeinerer Prinzipien dient nur dem Zwecke, auf fruchtbaren Umwegen zur Bestimmung des in concreto passenden zu gelangen. Danach bezeichnet man wohl als Aufgabe der interpretatorischen Tätigkeit die Ermittelung der passenden Rechtsnorm mittels Subsumtion.

Es ist aber sonach jede richtige rechtswissenschaftliche Aussage gleichzeitig ein Rechtssatz; und das selbst, wenn man mit Strenge als Kriterium des Rechtssatzes eine gewisse Allgemeingültigkeit des Inhalts fordert, denn es gibt keine konkrete Rechtsentscheidung, deren Inhalt sich nicht noch weiter spezialisieren ließe, es gibt keine Grenzen der Spezialisierung. Jede Äußerung des rechtswissenschaftlichen Bewußtseins ist zugleich eine solche des Rechtsbewußtseins, jede richtige rechtswissenschaftliche (juristische) Aussage zugleich eine Rechtsnorm. So erweist sich die Identität der Jurisprudenz mit ihrem Gegenstande; eine wichtige Einsicht, denn in ihr wurzelt die Erkenntnis, daß, wie das Recht selber positiv, so auch die Jurisprudenz eine positive Wissenschaft ist, was die Philologie z. B. in der Hauptsache nicht ist, wohl aber die Theologie. Von ihr gilt, ganz entsprechend dem bei der Jurisprudenz Er-

wiesenen, daß eine wirkliche theologische Wahrheit stets zugleich auch eine religiöse Wahrheit sein müsse.

Interpretation ist Erkenntnis des Erkannten. Für den Juristen als Interpreten von Gesetzen gilt es, jeweils die Lösung eines sozialen Problems, die die Gründer des Gesetzes in Gestalt irgend einer Rechtsnorm gefunden haben, in höherer Bewußtheit nochmals zu finden. Von diesem Standpunkt die Aufgabe des Juristen betrachtend, pflegt man zu sagen, er habe „den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln".

4. Der einzelnen Regeln der juristischen Interpretationskunst (Hermeneutik) sind wenige, fast alle schon von der römischen Wissenschaft geprägt.

Interpretation ist tieferes Verständnis des zu interpretierenden Geisteserzeugnisses. ‚Littera necat, spiritus autem vivificat" ist ihre Devise. Sie darf nicht am Worte kleben. Sinninterpretation, nicht Wortinterpretation[1])! Das ist die Grundregel vorgeschrittener Jurisprudenz. Um ihren Anforderungen zu genügen, wird man häufig dem Gesetzesworte eine andere Bedeutung beilegen müssen als auf den ersten Blick ihm zu entspringen scheint, und zwar entweder eine weitergreifende: „extensive Interpretation", oder eingeschränkte: „restriktive Interpretation".

Extensive Interpretation ist Sichhinwegsetzen über das Argumentum a contrario, das im

---

[1]) Als wissenschaftliches Verfahren der Feststellung des allgemeinen Sprachgebrauchs (Philologie des Gesetzestextes) wird diese „grammatische Interpretation" genannt, sie bildet als solche eine Vorarbeit zur Sinninterpretation, die in dieser Gegenüberstellung „logische Interpretation" heißt. (Sehr schlecht! Besser: „juristische".)

übrigen aller Rechtsfindung zugrunde liegt, d. i. der Grundsatz, daß, wenn auf irgend einen Tatbestand ein bestimmter determinierender Rechtssatz geprägt ist, in jedem Falle, der über die durch die betreffende Determination gesetzten Grenzen hinausgreift, das Gegenteil stattfindet. Erklärt z. B. das Gesetz, daß einer Frau bei der Eheschließung Dispens von dem Erfordernis der Ehemündigkeit erteilt werden kann, so ist schon aus dieser Formulierung des Rechtssatzes, ohne daß es weiter besonderer Bestimmung bedürfe, zu schließen, daß dem Manne ein gleiches nicht nachgelassen ist. „Omnis determinatio est negatio" (Spinoza).

Die zutreffende Behandlung für den konkreten Fall wird, wie bemerkt, gefunden durch Subsumtion des Tatbestandes unter die auf ihn passende Rechtsnorm. In der Kunst des richtigen Subsumierens hat der Jurist sein Können zu bewähren. Der Grundsatz der Sinninterpretation fordert bisweilen die Anwendung einer Norm auf einen Tatbestand, für den sie ihrer Entstehung nach nicht bestimmt war, der aber den bestimmungsgemäß ihr unterfallenden Tatbeständen innerlich verwandt ist, die „analoge Anwendung" oder schlechthin „Analogie". Ausgeschlossen ist diese in der Interpretation der Rechtssingularitäten.

Solche treten meist in Gestalt historischer Anomalien auf. Aus einer Zeit vergangener Rechtsauffassung, überlebter Systematik, ragen noch Reste des alten Rechtsgebäudes hinein ins moderne System, in die herrschende ratio iuris, dieser fremd und im Gehege ihrer Begriffseinteilungen nicht mehr recht zu rubrizieren. Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß nicht die Rechtsgeschichte den Zweckgedanken in dergleichen Rechtsschöpfungen der Vorfahren sollte angeben

können, sondern, daß diese in den Zusammenhang der nach modernem Bewußtsein gültigen Zwecke nicht mehr passen wollen. Es ist einfach eine Konsequenz des Gesetzes von der historischen Differenzierung der Rechtsinstitute. Doch bedenklich wäre es, deshalb mit allen Rechtssingularitäten aufräumen zu wollen: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. Sie erhalten sich also als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben. Sie durch analoge Ausdehnung zu neuem Leben erwecken wollen, heißt, sich mit den in der Gegenwart gültigen Zwecken in offenen Widerspruch setzen, verderblicher juristischer Romantik huldigen, deshalb muß Analogie bei Rechtssingularitäten grundsätzlich unterbleiben. Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Ferner hat man gefunden, daß der Staatswillkür der Weg bereitet und die persönliche Freiheit gefährdet ist, wenn jemand wegen irgend welcher Handlungen strafbar zur Rechenschaft gezogen werden kann, für die nicht bereits vor Begehung der Tat eine Strafe in den Gesetzen ausdrücklich angeordnet ist. Seit Ende des 18. Jahrhunderts hat man daher die Maxime: nulla poena sine lege (auch: nulla poena ante legem poenalem) ins Recht aller zivilisierten Staaten aufgenommen, mit der von der herrschenden Meinung noch immer aufrecht erhaltenen Ansicht, daß dadurch außer bei den Rechtssingularitäten auch bei den Strafgesetzen die Analogie ausgeschlossen sei.

Eine altertümliche, unbehilfliche Abart der Analogie ist die (Teilanalogie oder) Fiktion. So heißt die Analogie dann, wenn der Tatbestand, auf den ein Rechtssatz analog angewendet werden soll, in irgendeiner Hinsicht als das konträre Gegenteil desjenigen Tatbestandes erscheint, für den der Rechtssatz ursprünglich gemacht worden, obwohl die ratio, der Grund der Anwendung der gleiche ist.

So, wenn man im Lande ansässige Gesandte einer fremden Macht als exterritorial bezeichnet, als ob sie nicht im Lande ansässig und den inländischen Machtmitteln unterworfen wären, oder im Erbrecht nach dem Satze „nasciturus pro iam nato habetur" den ungeborenen Erben dem geborenen gleichstellt, oder wenn man gewisse Rechte, die im übrigen den Eigentümer vor allen sonstigen dinglich Berechtigten auszeichnen, auch Nichteigentümern überträgt, oder wenn nach der Reichszivilprozeßordnung ein zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis wirkt wie wenn der Verurteilte die Erklärung abgegeben hätte usw.

Die Fiktion ist ein begrifflich ziemlich nichtssagendes, häufig sogar verwirrendes und insofern bedenkliches Mittel, wird jedoch wegen der Bequemlichkeit und Anschaulichkeit, mit der sich durch sie Rechtswirkungen, die bisher mit einem gewissen

Tatbestand verknüpft waren, auf einen anderen übertragen lassen, bei der Einführung von Neuerungen der Rechtsidee ihre bereits bei den Römern erworbene Beliebtheit behalten. Besonders in England.

§ 11. Logische Kritik der traditionellen Hermeneutik und Begründung der modernen wissenschaftlichen Rechtsfindung.

1. Die objektive oder wissenschaftliche Methode der Rechtsfindung ist notwendigerweise zwiespältig (dualistisch) wegen der unaufhebbaren Verschiedenheit ihrer beiden Stücke: der soziologischen Behandlungsweise, die von alters her unter dem Namen „Entscheiden aus der Natur der Sache" bekannt ist und dem interpretatorischen Verfahren, dessen Ergebnis, die subsumtive Zuordnung eines Tatbestandes einer Norm oder eines Rechtsbegriffs zu einer höheren Norm, einem weiteren Begriff (einem allgemeineren Tatbestandstypus) Konstruktion heißt. (Genauer: Juristische Konstruktion, denn auch die aus der Natur der Dinge soziologisch durch Interessenwägung und -ausgleichung zustandekommende Entscheidung ist, als technische Leistung, Konstruktion, nämlich Mittelding zwischen Handwerksstück und Erfindung.)

Ich konstruiere z. B. im Privatrecht den Entstehungsakt des Wechsels als einen Vertrag oder aber als ein „einseitiges Rechtsgeschäft": im einen Fall entstehen die wechselmäßigen Verpflichtungen durch die Begebung des Wechsels, im anderen schon durch den bloßen Schriftakt, also auch dann, wenn der Wechsel ohne Begebung, etwa durch Fund, in die Hände eines zufolge dem Text des Wechsels Berechtigten

gerät. (So die gesetzliche Konstruktion des heutigen deutschen Rechts.)

Jemand konstruiere die Ehe als zur Fortpflanzung bestimmte Geschlechtsgemeinschaft; Folgerung: also ist die kinderlose Ehe trennbar.

An diesem zweiten Fall ist besonders klar das Wesen der juristischen Konstruktion und Interpretation ersichtlich: die Interpretation[1]), die die juristisch-konstruktive Methodik als Folgerung, als Ableitung aus dem „Prinzip"[2]) oder aus dem „Begriff"[3]), als „Deduktion" bezeichnet, ist in Wahrheit nur eine Wiederholung des in der „Prinzip"form oder der „Begriff"form aussagend oder substantivisch ausgesprochenen in der Form der Imperative, aus denen in der hier S. 42 und S. 119 angegebenen Weise die Normen, Prinzipien und Begriffe zusammengeflossen sind. Es stecken nur die Fälle und Gebote in den Prinzipien und Begriffen die vorher hineingetan sind, und nur die können von einer (ehrlichen) Interpretation wieder herausgeholt werden. Die Interpretation ist durchaus nur Wiedererinnerung eines früher schon deutlich bewußt und nur in breviloquistischen Fassungen versteckt gewesenen. Will man in einem bisher noch nicht gedachten Falle Recht finden, so hilft die Interpretation nicht, so muß das Recht neu gemacht, geschaffen werden. Dazu bedarf es dann also erneuter soziologischer Untersuchung, neuer Prüfung der Natur der Sachen.

Neben ihr und nach ihr hat die dogmatische Methode den Zusammenhang der neuen Entscheidung mit den herrschenden Rechtsbegriffen herzustellen, durch welchen

---

[1]) „Die kinderlose Ehe ist trennbar."
[2]) „Ehe ist Fortpflanzungsgemeinschaft."
[3]) „Fortpflanzungsgemeinschaft."

} Zu all dem Mauthner Kritik der Sprache 3 Bde.

sie erst ethisch begriffen und annehmbar gemacht wird; die dogmatische Rechtswissenschaft „interpretiert" damit einen bestehenden Rechtsbegriff oder Rechtssatz als die neue Erscheinung umschließend, sie „konstruiert" die neue Erscheinung als jenem Begriffe bzw. Satze zugehörig. Man sieht sogleich, daß diese Interpretation und Konstruktion etwas ganz anderes ist als die bloß wiedererinnernde.

2. Dessen ist sich aber die Rechtswissenschaft im allgemeinen nicht bewußt gewesen. Man warf beide Arten zusammen und hegte die Überzeugung, durch bloße Interpretation der Texte allen Erfordernissen des sozialen Lebens gerecht werden zu können. Die Rechtswissenschaft war monistisch, und zwar rein dogmatisch aufgefaßt: ebenso wie man durch Lektüre der Bibel allen Naturgeheimnissen glaubte auf die Spur kommen zu können, so dachte man auch durch Lektüre der heiligen und profanen Rechtsbücher das Heilmittel für jeden menschlichen Konflikt ausfinden zu können ... wenn man nur richtig interpretierte, richtig auffaßte, was im Text gemeint sei. Das führte dazu, daß die Rechtslehre sich wenigstens auf dem Kontinent lediglich auf die Normen und Begriffe bezog. Man lernte wirklich im Rechtsunterricht nur das Gesetz auswendig.

Solche Auffassung muß jeden heute lebenden befremden und es ihm schwer begreiflich erscheinen lassen, wie unter solchen Umständen eine gedeihliche Rechtspflege möglich war. Gleichwohl entsprach die Methode im wesentlichen den Anforderungen der Zeit. In dieser Zeit waren entsprechend den kleineren Bevölkerungsziffern und der unvergleichlich geringern Entfaltung jeglichen Verkehrs die neuen Fälle viel

seltener, die Typizität der Fälle demgemäß viel stärker und imposanter. Daß die Fälle, die in eine einmal konzipierte Rechtslehre nicht paßten, sehr selten waren, legte bei der nie völlig überwundenen naturrechtlichen Stimmung den Gedanken nahe, daß es im Grunde solche inadäquaten Fälle gar nicht gebe.

Da die wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen immer einfach genug blieben, daß im wesentlichen jeder Gebildete über Wirtschafts- und Lebensweise jedes andern sozusagen von selbst Bescheid wußte, so konnte die Nötigung, eine systematische sozial-ökonomische Wissenschaft der Rechtsdogmatik gegenüberzustellen, gar nicht aufkommen. Es waren so auch wirklich die obwaltenden tatsächlichen Verhältnisse in den überlieferten Rechtsnormen mitbefaßt. Die Entwicklung des Tatsächlichen, die die Normen obsolet macht, war gering und wurde vor allen Dingen nicht bewußt; auch wenn man sich genötigt sah, Recht zu ändern, meinte man im wesentlichen nur ein besseres Dogma gefunden zu haben, ohne sich recht klar zu werden, daß man mit einer neuen Entwicklungsstufe sich hatte abfinden müssen. Man nahm an, daß die ganze Schöpfung, wie Gott sie im Siebentagewerk gemacht hat, so bleibt bis zum jüngsten Tage. Und wenn Aristoteles' prometheischer Genius ... in diesem Punkte aber von der ihm sonst ergebenen christlichen und islamitischen Scholastik verworfen ... einer Entwicklungslehre Gestalt gegeben hat, so ist ihm die Weltentwicklung doch eine Sache Gottes, menschlicher Wahrnehmung entrückt.

Im 19. Jahrhundert ist dank der Technik die Entwickelung in ein so scharfes Tempo geraten, daß über ihrem eiligen und dröhnenden Gange

uns Hören und Sehen vergeht, daß wir sie wohl oder übel spüren und ihr gerecht werden müssen. Da bringt jeder Tag so viele Fragen, daß das beste Gesetz einfach über den Haufen gerannt wird. Dazu kommt die ungeheure Komplikation des sozialen und wirtschaftlichen Lebens, die an Stelle der früheren selbstverständlichen Vertrautheit mit der Wirtschafts- und Wesensart des Nächsten den Notbehelf einer sozialökonomischen Wissenschaft gesetzt hat, weil heute das Mitglied einer Klasse die Lebensverhältnisse seines Nachbarn aus anderer Klasse, der mit ihm im selben Hause wohnen mag, in förmlichen Forschungsreisen erkunden muß.

Ward nun auch unter solchen Umständen der Naturrechtsglaube weggefegt, so wurde doch die alte, nur auf Worte und nicht auf das Tatsächliche gestellte Methode einer angeblich rein deduktiven Interpretation beibehalten. Ja, sie erfuhr erst jetzt eine Zuspitzung, wie sie der Okzident noch nicht gekannt hatte. Wenn es auch Naturrechtsglaube war, der Glaube an ewiges Feststehen des wahren Rechts, der der älteren Zeit dazu verholfen hatte an die Macht und Ewigkeit des Gesetzes zu glauben und dem Gesetz inkongruente neue Erscheinungen des tatsächlichen Lebens zu mißachten wo nicht zu ächten, so stand die Jurisprudenz doch wieder kraft des Naturrechtsglaubens diesen Erscheinungen frei gegenüber, da sie die für dieselben etwa aufzustellenden Normen und Konstruktionen als bisher von der Wissenschaft übersehenes Naturrecht nehmen konnte und auch nahm. „Ausfüllung der Lücken des positiven Rechts" (das aber stets als im wesentlichen mit dem Naturrecht übereinstimmend postuliert wurde . . . sonst wäre ja nach

der Zeitidee statt der „Welt“ die „Hölle“ auf Erden gewesen) „durch Naturrecht“ war jedem Zeitalter vor dem 19. Jahrhundert geläufig. Nun fehlte auf einmal das Naturrecht; was die Wissenschaft frei zu schaffen sich erkühnen wollte, alles „Naturrechtliche“, wie man es nannte, fiel als des Bodens im einzig existierenden positiven Recht entbehrend, als Willkür dem Schimpf anheim, und als überwundene oder dilettantische Unmethode der Verachtung. Nun mußte aus Gesetzen alles deduziert werden; denn daß das Gewohnheitsrecht naturrechtsverdächtig erscheinen und darum beiseite geschoben werden mußte, ist klar. Es gefiel der Bequemlichkeit der Bureaukratie, nur in Worten kramen und Paragraphen nachschlagen zu brauchen, und es entsprach den Tendenzen der herrschenden Mächte, des absoluten Monarchen und seiner Bureaukratie, ihren Befehl zum Grund- und Ausgangspunkt jeder Regung der Untertanen zu machen, alles zu normieren und für Recht nur gelten zu lassen, was „gesetzlich“ war. Die liberale Strömung aber, die jetzt mit diesen Mächten in Wettbewerb trat, ging gerade in diesem Punkte mit jenen vollständig einig. Was jene um der Autorität willen heischten, das verlangte sie um der Freiheit willen. Wie die Aristotelische Lehre von der Gewaltenteilung von Montesquieu aufgenommen wird, so auch der Aristotelische Gedanke der absoluten Bindung des Richters an das Gesetz. Durch diesen Gedanken erscheint die Wirkung der Gewaltenteilung erst besiegelt: wenn der Richter an das Gesetz absolut gebunden ist, wenn er wie ein Automat nur den Fall dem Gesetze subsumieren, nie aber einen eigenen Rechtsgedanken aussprechen, etwas auch nur entfernt gesetzgebender Gewalt Ähnliches üben darf, scheint

die Freiheit des Bürgers gegen alle Willkür jeglicher Gewalt gesichert. Von Aristoteles gefaßt unter dem Eindruck der in den hellenischen Stadtstaaten herrschenden Korruption und der Unzuverlässigkeit der von den politischen Strömungen und der Cliquenwirtschaft bis ins Mark angefressenen Gerichte wurde das Prinzip, der Gesetzgeber solle dem Richter so wenig als möglich übrig lassen, von dem auch nicht eben sauberen 18. Jahrhundert lebhaft nachempfunden und gar aus einem empiristischen „möglichst wenig übrig lassen" in ein rationalistisches „nichts übrig lassen" verschärft. Der Satz, daß, wer einen Anspruch erhebt, die zugrunde liegenden Tatsachen beweisen muß, wurde nun in einer völlig mißverständlichen Weise auf die Gesetzestechnik und die dem Anspruch zugrundeliegenden Rechtssätze angewendet: und wie jede Strafe (jeder Strafanspruch des Staates) im Gesetz ihre Begründung haben muß (nulla poena sine lege), so verlangte man seitdem, daß auch jeder Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, und jeder verwaltungsrechtliche Anspruch im Gesetz (oder Gewohnheitsrecht, das aber praktisch nach Herstellung der Kodifikationen keine Rolle mehr gespielt hat) seine Begründung haben sollte. „Nulla actio sine lege."

So entstanden denn die Kodifikationen, in denen „alles" enthalten sein sollte; in die man alles hineinpackte, was die Wissenschaft wußte. Da dies aber nicht half, versuchte die Gesetzgebung den Wettlauf mit der Entwickelung, sie trat, Jahr für Jahr eine große Reihe Einzelgesetze produzierend, in ihr Massenbetriebs- und Maschinenzeitalter ein. Ein juristisch und sozial feinhöriges Ohr spürt hier schon die Dissonanz.

Und in der Tat, schnell genug bröckelten die Kodifikationen an allen Ecken, und ging der Einzelgesetzgebung der Atem aus. In dem löblichen Bestreben, alle Willkür zu vernichten und sich darin über das Naturrecht leuchtend zu erheben, hatte man das teure Kleinod der Gerechtigkeit mit einer ungeheuren Dornenhecke von Paragraphen eingehegt, in der zwar nicht der Richter und nicht die Willkür hängen bleibt, wohl aber das Recht. Und elend geschunden wird oder verdirbt, wenn der Richter, nach Auffindung irgend einer Entscheidung, die zu den Paragraphen paßte, im Bewußtsein treulich erfüllter Pflicht nach Hause geht: verboten ist ja nur, eine Entscheidung abzugeben, die nicht zu dem Gesetze paßt. Freilich sind die Richter der westeuropäischen kontinentalen Kulturwelt alles in allem zu gewissenhaft gewesen, um den nur auf die Unterwerfung des Rechtnehmenden unter das Recht bezüglichen Satz „Was nicht verboten ist, das ist erlaubt", auch auf ihr Offizium der Rechthandhabung anzuwenden. Die Franzosen etwas kühner und unruhiger, die Österreicher etwas behender und nachlässiger, die Reichsdeutschen etwas schwerfälliger und gründlicher, haben sich doch alle übereinstimmend . . . in der alten naturrechtlichen Weise geholfen, „nach dem Zweck", nach der „Natur der Sache", „unter Berücksichtigung des gesunden Menschenverstandes" (da man nicht den Gesetzgeber als einzige Ausnahme des von ihm aufgestellten Satzes „Quisque praesumitur bonus" für schlecht und dumm ansehen darf) über die Paragraphen hinaus und gegen die Paragraphen geurteilt; nur bogen und zogen sie diese so lange, bis das Resultat mit dem „Gesetz" auf irgend eine merkwürdige Weise in Einklang stand, um alsdann als einzige vom

Gesetz gewollte Entscheidung ausgegeben zu werden. Man war — und wie wäre es anders möglich — zur Praxis der naturrechtsgläubigen Vergangenheit zurückgekehrt oder hatte sich vielmehr nie von ihr entfernt. Nur der Unterschied war, daß in der Vergangenheit die freie Rechtsfindung aus der Natur der Sachen (eben als Naturrecht) anerkannt und relativ selten, in der Gegenwart hingegen streng verpönt und unendlich häufig, die überwältigende Forderung des Tages ist.

So war die Gesetz gewordene Lehre von der Gesetzförmigkeit (Gesetzbegriffenheit, Gesetzbefangenheit) ein Druck, der Rechtsprechung und Wissenschaft teils in die Verkümmerung und fakirmäßige Apathie, teils in die Heuchelei und Erschleichung hineinzwang. Sofern aus dem Gesetz nicht zu entnehmende Entscheidungen als gesetzförmig ausgegeben wurden, wurde die Gefahr der Willkür natürlich nicht verringert, sondern durch die listige Einkleidung noch schlimmer gemacht. Für Richtende und Rechtnehmende mußte die Justiz und die Jurisprudenz in hohem Grade abstoßend werden: steril, seelenlos und die Verkörperung scheinheiliger Unaufrichtigkeit.

3. In einigen Köpfen reifte da die „Oeuvre de franchise", die Begründung und Forderung des Bekenntnisses: Das Recht (Gesetz) hat Lücken[1]). Die angebliche „logische Geschlossenheit des Rechts" (Gesetzes) ist ein Wahn[2]). Die Lücken sind notwendig und lassen sich in methodischer Weise feststellen[3]). Da die zu Gericht stehenden Fälle nicht warten können,

---

[1]) Ehrlich 1888. — [2]) Jung 1900. — [3]) Zitelmann 1903.

so ist es in diesen Fällen Sache des Richters, die Funktion des Gesetzgebers auszuüben [1]) und mittels einer „libre recherche de droit" [2]) einer freien Rechtsfindung und freien Rechtswissenschaft [3]), die sich auf den Willen des Gesetzgebers nicht beruft, sondern bewußt schöpferisch vorgeht [4]), die Lücken zu füllen.

Eine „Theorie der Rechtslücken" keimt und grünt, kaum mehr noch weniger beachtet als jede andere juristische Theorie, und auch wirklich wichtig und neu nur für diese Zeit, durch die ethische Bedeutung ihres Aufrichtigkeitsstrebens, während ihre rechtslogische Bedeutung kaum eine andere ist als die der Rückkehr zur Natur der Sache [5]) im Sinne eines Naturrechts mit wechselndem Inhalt (Stammler) ... skeptisch begrüßt und von ihren Vertretern selbst nicht mit allzugroßem Wagemut verfochten, weil die alten Vorwürfe gegen die Natur der Sache ungebannt waren: bloßes Gutdünken, Gefühlsjurisprudenz, Subjektivismus (also alles in allem Willkür) schreckten ... bis auch der deutschen Wissenschaft Eugen Ehrlich [6]) den zuerst von François Gény ausgesprochenen Hinweis gab, daß soziologisch das frei geschaffene Recht gefunden werden müsse.

a, b) Lückentheorie und soziologische Methode sind die beiden Grundforderungen der Freirechtlichen Bewegung, der nun Kantorowicz [7]) durch eine flammende Agitationsschrift den Namen machte. In den Vordergrund der Agitation hat sich, mit reicherem Material, aber in vergröbertem Stil arbeitend, später der „Modernist" Ernst Fuchs gestellt. Durch die „soziologische Methode" wird dem

[1]) Bülow 1885. — [2]) Gény, der alle rechtsmethodologischen Probleme am tiefsten und gründlichsten behandelt hat, 1889, Lambert 1903. — [3]) Ehrlich 1903. — [4]) Dies Buch, 1. Aufl. 1904. — [5]) Adickes schon 1872. — [6]) 1903 ff. — [7]) 1906.

Richter und dem Juristen überhaupt die Aufgabe gestellt, anstatt der bloßen Normkenntnis und Wortwissenschaft der Sachkenntnis und Sachforschung sich hinzugeben; es wird dem für die Rechtspflege wie für die, die in der Rechtspflege einen hohen Beruf suchen, und für den Rechtsunterricht unerträglichen Zustand Fehde angesagt, der den Juristen z. B. die Kenntnis des Bodenwertrechts durch Erlernen der Gesetzesvorschriften über Hypothek usw. erwerben läßt, ohne eine Ahnung von den diesen Formeln zugrunde liegenden verwickelten und für das wirtschaftliche Leben der Nation unendlich wichtigen tatsächlichen Verhältnissen, ohne Ahnung von den tiefgreifenden Lehren, die die nationalökonomische und die privatökonomische Wissenschaft über diese Dinge entwickelt haben.

c) Diese Dinge . . . in entsprechender Übertragung auf das Ganze des Rechtslebens . . . können nicht gelegentlich und zufällig errafft werden, es bedarf des Studiums, der Wissenschaft. Der Jurist soll real-sozialwissenschaftliche Bildung haben. Das bedeutet, zunächst und äußerlich genommen, eine Verdoppelung des Inhalts des Rechtsstudiums: der Jurist soll nicht nur ein solcher im alten Sinne, sondern auch ein voll ausgebildeter Nationalökonom und Kommerzialist sein. Daraus leitet sich für die freirechtliche Schule die Forderung der Studienreform her.

Allerdings ergibt die Vermehrung der Studiengegenstände in Wahrheit eine großartige Vereinfachung des Rechtsstudiums; es wird Erlernung und Ausübung des juristischen Berufs allgemein wie besonders für eine realistisch empfindende Zeit dadurch erleichtert, daß ein

trockener und toter Stoff von abstrus-literarischem Gepräge durch Aufnahme allerlebendigster Sachwissenschaft anziehend und anregend gemacht ist. Jedoch ist auch der Stoff des von der vereinheitlichten Sozialwissenschaft und ihren Vertretern zu beherrschenden um ein Vielfaches gewachsen, und vor allen Dingen verlangt die neue realwissenschaftliche Bildung und Tätigkeit dem Juristen eine ganz andere Spannung seiner geistigen und seelischen Kräfte ab, als die alte wortwissenschaftliche Paragraphendoktrin. Denn bei allem Kopfzerbrechen, bei aller mühseligen Mikrotomie, bei allen logischen Akrobatenkünsten, die sie verlangt, ist diese doch unvergleichlich bequemer als das selbständig untersuchende Zusammenfassen und Durchdringen der an hundert Enden sich durchkreuzenden sozialen, politischen, wirtschaftlichen Interessenströmungen und als das verantwortungsbewußte Vorstoßen ins Ungebahnte. Mancher praktische Jurist, der schon jetzt, unter der absoluten Herrschaft des Gesetzes, das Recht mittels Vertiefung in die Dinge und die Menschen, in die sozialen Fragen, in die Seelenzustände der Parteien und das im Bewußtsein der Nation wirklich Geltende frei zu finden weiß, weiß doch auch und fühlt es immer wieder mit Entsetzen, wie mit dem Nachlassen der Kräfte im Tages- und im Jahreslauf seine Rechtfindung unfrei wird, der Versuchung, nur den bequemen Schablonen der Texte genügen zu wollen, erliegt, wie dann auf seinem Stuhle statt eines Recht empfindenden Richters eine Maschine saß, die nachher nicht mehr sagen kann, ob gerichtet oder nur, zwecks Hervorbringung des in der Arbeitsordnung geforderten Quantums Entscheidungen das vorgeworfene Material ... aber Material von Fleisch und Blut, von Schweiß und

Tränen . . . unter ihren Messern und Rädern exakt zerkleinert worden ist. Der Rechtshistoriker weiß, welche gewaltige Rolle das Drängen nach solcher vom Schema gegängelten Bequemlichkeit bei den Juristen aller Zeit gespielt hat; wie sie unschätzbare Zeit und Arbeit auf „logische" Auslegungstifteleien und auf die Beschaffung und Nachahmung von Vorlagen verwendet haben, um nur nichts selber denken und verantworten zu müssen. Und jeder Mitlebende weiß, daß der bureaukratische Geist, in dem doch das Justizbeamtentum Deutschlands und Österreichs noch erzogen ist, durchaus auf diesen geschäftigen, oft aufreibend und aufopfernd geschäftigen Müßiggang gestimmt ist, daß er in Vorschriftenkenntnis und das Kombinationenspiel der Vorschriftenmischung größte Ehre setzt, die soziale Sachforschung, die Vertiefung in das Psychische der Fälle und das Forschen nach außerhalb der Paragraphen lebendem Recht aber ablehnt.

d) Den Anforderungen der freien Rechtsfindung gegenüber ist die Bureaukratie subaltern. Die Wissenschaft, die sie leistet, ist, bei aller Subtilität, doch gegenüber dem Maßstabe, den die Freirechtsbewegung an den Begriff der Rechtswissenschaft legen muß, nur noch Handwerk. Die freirechtliche Schule kommt so zu der vierten Forderung, das Persönliche des Richters auf einen höheren Grad zu bringen, einen Grad, der die Mehrbelastung mit geistiger Arbeit und Verantwortung erträgt. Sie verficht gemäß ihrer Ansicht, daß nie die Rechtsfindung von dem Gesetz allein als dessen opus operatum besorgt werden konnte, den Grundsatz, daß überhaupt der juristische Beruf ein solcher der Persön-

lichkeit ist[1]). Darum muß der Studienplan außer auf realwissenschaftliche Grundlage auf Charakterbildung gestellt werden[2]) und eine Auslese des Richtertums nach englischem Muster dahin eingeführt werden, daß nicht die Herde der Juristen gut fürs Richteramt erscheint, sondern ausgezeichnete Männer den Richtersitz als höchste Ehre erlangen[3]).

e) Dies führt dann unmittelbar zu der Forderung einer durchgreifenden Justizreform[4]); will man den in Charakter und Wissenschaft höchstgebildeten Qualitätsrichter, so läßt sich das bei dem gegenwärtig auf dem Kontinent herrschenden System stark besetzten Kollegialgerichte, in denen ein Heer nicht gerade aus den seelisch tüchtigsten Elementen der studierenden jungen Männer aufgewachsener, handwerksmäßig gedrillter und schlecht besoldeter Beamten front, einer englischem Muster angenäherten Gerichtsverfassung weichen, die den gelehrten Richter vorzugsweise als einzelnen (mit und ohne Laienbeteiligung) oder in ganz kleinen Kommissionen verwertet. Es muß die soziale Stellung des Richterbeamten durch Rang und Besoldung (aber nicht durch Orden) so gehoben werden, daß sie nicht mehr hinter der des Verwaltungsbeamten zurücksteht. Es muß der Prozeß dahin geändert werden, daß dem Richter alle subalterne Schreibarbeit und vergebliche Vorbereitungen erspart werden. Der ungeheure Unterschied, den der Kontinent und England gerade in diesen Hinsichten aufweisen, ist historisch tief begründet: die staatlichen Richter auf dem Kontinent, namentlich in Deutschland, sind die Nachfolger der kleinen Leute, die als Patrimonial-, fürstliche und

[1]) Ehrlich, 1. Aufl. Dies Buch 1904; Kantorowicz, Abickes 1906, Radbruch. — [2]) Dies Buch 1904. — [3]) Abickes 1906. — [4]) Abickes.

städtische Richter allerhand mittleren, kleineren und kleinsten lokalen Gewalten dienten, während in England, von den lokalen Friedensrichtern und einigen besonderen Formationen neuerer Zeit abgesehen, die Justiz seit alters über das ganze Land hin vom Reichsgericht (durch Reisekommissare) ausgeübt wird. Auf dem Kontinent hingegen waren die Zentralgerichtsbehörden (der Pariser Kassationshof, das frühere preußische Obertribunal, das deutsche, das österreichische Reichsgericht, das bayrische oberste Landesgericht, das schweizerische Bundesgericht usw.) nur Gerichte der letzten Instanz, während die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte lokalen bzw. provinzialen Charakter behalten haben, uud überdies steht die gesamte Justiz, obschon im Richterspruch „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen", doch in ihren Verwaltungsangelegenheiten unter einem Minister, also einem Verwaltungsbeamten in einer solchen Art, daß die Justizämter den Verwaltungsämtern weder sozial noch in Hinsicht auf die in ihnen zu erfüllenden Anforderungen gleichgeachtet werden, während in England und Amerika die Justiz die allervornehmste der Gewalten ist.

Literatur. Savigny, System des heutigen röm. Rechts I. 1840. — Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts. 1839. — v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. 1847. Grundbegriffe des Rechts und der Moral. — Adickes, Lehre von den Rechtsquellen. 1872. Grundlinien durchgreifender Justizreform. 1906. — Ehrlich, Lücken im Recht. Burians Juristische Blätter. 1888. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903. Erforschung des lebenden Rechts. Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung usw. 1911. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, préface p. R. Salleilles. 1899. — Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen. 1899. — Jung, Die logische Geschlossenheit des Rechts. 1900. „Positives Recht". 1907. — Lambert, Fonction du droit civil comparé. 1903. — Sternberg, Allgemeine Rechtslehre („dies Buch". 1904). J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. 1908. — Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Archiv für Sozialwissenschaft. 1905. Einführung in die Rechtswissenschaft. 1910. — Kantorowicz (Cnäus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft

1906. Jurisprudenz und Soziologie. 1911. — Rumpf, Gesetz u. Richter. 1906. Volk u. Recht. 1910. — Fuchs, Schreibjustiz und Richterkönigtum. 1907. Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz. 1908. — Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. 1908. — Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908 u. a. m. — Werke Iherings und Stammlers (vgl. S. 11) haben in verschiedener Weise die Bewegung beeinflußt. In praktischer Durchführung moderner Methode waren die juristischen Arbeiten Kohlers ihr bereits vorausgeschritten. — Über Zitelmann S. 147. — Gegner der Freirechtslehre sind vor allem Landsberg, Bergbohm (S. 10), Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909 und Kiß, Billigkeit und Recht, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 1910. Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht, 1911.

§ 12. Kritik der Freirechtslehre.

1. Die freirechtliche Schule hat sehr bewußt auf einen Teil der rein objektiven Garantierung des Rechts verzichtet und ebenso bewußt durch Verstärkung der personalen Garantie Ersatz gesucht. Daß damit das subjektive Moment wieder in die Rechtsfindung eingelassen wird, wer möchte das übersehen! Aber der mechanistische Glaube, daß das Gesetz in Verbindung mit der Wissenschaft eine absolute, rein objektive Garantie zu bieten vermöge, und daß man daher eine absolute Nomokratie aufrichten könne, ist nichts anderes als die schärfste Form und Konsequenz der Naturrechtslehre. Weil sie diese verwirft, weil sie weiß, daß Recht nicht in der Natur vorhanden und erkennbar ist, sondern von einem Ich kraft seines ethischen Wollens geschaffen werden muß, lehrt die freirechtliche Schule, daß jedes Recht, und halte es sich selbst noch so sehr für rein nomokratisch, ein Ausgleich zwischen Nomokratie und Sophokratie ist. Die objektiven Garantien, die in der Subjektivität des nach eingestandenen Grundsätzen der Sophokratie zu Richter-, Anwalts-, Rechtslehrertätigkeiten auserlesenen, gebildeten Rechtsbewußtseins (S. 115) liegen, sind viel stärker als der Aberglaube an absolut objektive Gesetzes- und Wissenschaftsmächte, die gar

nicht existieren, sondern in Wahrheit der Willkür gerade die bequemsten Schlupfwinkel bieten . . . der bloß trägen Lieblosigkeit und Geistlosigkeit zu schweigen.

2. Nicht bewußt genug ist hingegen der freirechtlichen Schule außer etwa Gény die Bedeutung geworden, die der Aufnahme der soziologischen Methode zukommt. Diese Bedeutung aber ist keine geringere als eine direkte Verstärkung der objektiven Garantien des Rechts. Die freirechtl. Schule braucht nicht ihre Apologetik (wie meist geschieht) einzig aus dem Punkt zu bestreiten, daß die der Rechtsfindung notwendig innewohnenden subjektiven Elemente wieder zur Anerkennung gebracht werden mußten. Einst mochte die Tätigkeit des Juristen, der von der Not oder vom Geist getrieben den Boden des Gesetzes verließ, als durchweg oder vorwiegend subjektiv erscheinen. Was er aus der lebendigen Anschauung der tatsächlichen Verhältnisse neues hervorbrachte, das schien und war zum guten Teil aus der Intuition, aus Seelenkräften, deren Wirkung so wenig wie die des musikalischen Talents im einzelnen kontrollierbar sind, aus der subjektiven Phantasie weit mehr als aus dem objektiven Denken entsprungen; aus dem, was man den „juristischen Takt" genannt hat. Die genaue Erfassung des Ineinandergreifens der einzelnen Glieder in einem Ausschnitt sozialen Lebens, die allezeit das Wesen dieser Art des „juristischen Takts" war, ist nun jetzt nicht mehr auf Grund unmittelbarer Lebensanschauung zu vollziehen. Was früher nur plastisch dargestellt, ja nur durch die Zauberkraft des Aussprechens der gesuchten zutreffenden Entscheidung erinnert zu werden braucht, um vorgestellt zu werden, das will heut diskursiv auseinandergesetzt sein, um begriffen

zu werden. Damit rückt aber die Rechtsfindung „aus Billigkeit“ (ex aequo et bono), „mittels des juristischen Takts“, die freie Rechtsfindung hinüber aus dem Irrationalen ins Rationale; sonst auf in dunkle Seelenkräfte versenkte Eingebung gestellt, wird jetzt ihre kombinatorische Arbeit kontrollierbar. Damit erlangt ihr Ergebnis Objektivität, da es von den Gesamtverstandeskräften der Menschheit nach Gründen geprüft und verifiziert werden kann. Denn das eben ist die Bedeutung der Objektivität im Wissen und Erkennen, daß nicht nur mit der intuitiven, sondern auch mit der rationalen Demonstration Gewißheit erzielt werden kann. Die Soziologie, ursprünglich nur leidige Notwendigkeit zwecks Übersicht der dem einfachen Menschenverstande und der ungeschulten Erfahrung unübersehbar gewordenen Verwickelung, Vermannigfachung und Ausdehnung der sozialen und wirtschaftlichen Erscheinungen, ist zu der in der ganzen Menschengeschichte gesuchten, vollkommenen, objektiven und objektivwissenschaftlichen („natürlichen und naturwissenschaftlichen“) Garantie des Rechts geworden. Oder, historisch vorsichtig gesprochen: eine neue Stufe der objektiven Garantie, von hoher Vollkommenheit, und darin allen früheren Stufen überlegen, daß sie die letzten Elemente des Aberglaubens ausscheidet, auf denen immer bisher das Kriterium der Objektivität des Rechts begründet war: die Inspirationsidee, den Fetischismus der Naturdinge und -vorgänge, der in Loswurf und Gottesrecht (Gottesgesetzurteil und -beweis) sein Dasein hatte, den Bücherfetischismus, der über Wortfetischismus in die mehr geistige Stufe des Begriffsfetischismus und den Glauben an eine wundersame, rechtschaffende Kraft der formalen Logik überging und seine letzte Befestigung

in dem Vernunftrecht der sich selber mißverstehenden Lehre Kants fand[1]).

Endlich den tiefsinnigen Geisterfetischismus der historischen Schule, demzufolge der „Volksgeist" in den Urgründen des Unbewußten mit nachtwandlerischer Sicherheit seiner Nation und seiner Zeit das Recht erzeugt.

Die soziologische Methode bringt, spät genug, der Rechtswissenschaft die Gabe zu, daß sie entsprechend den Grundsätzen der Vernunftkritik nur durch methodische Anordnung und Verwertung des in der Erfahrung wirklich Wahrgenommenen ihre Leistung und Objektivität sucht ohne weitere Spekulation auf okkulte Kräfte des Worts oder der Natur oder der Geister, die im Verborgenen geheimnisvoll bereiteten, was doch nur am hellen Tageslichte der methodischen Diskussion menschlicher Wille und Fleiß hervorbringen kann.

Die Soziologie als Wissenschaft ist die objektive Garantie des Rechts. Das mahnt dazu, daß man die Soziologie zu einer systematischen Einheit und Geschlossenheit bringe. Diese wird heute noch in hohem Grade vermißt, und viele, namentlich in Deutschland, leugnen deshalb überhaupt die soziologische Wissenschaft. Aber nicht umsonst ist die Soziologie als Wissenschaft ein Kind der jüngsten Zeit. Sie ist entstanden, um viel Komplexeres zu umfassen als irgend eine der alten Wissenschaften. Darum muß sie auch selbst eine viel reichere und freiere Struktur haben als alle jene alten Wissenschaften, und ihre Systematik und der Begriff der Einheit darf in ihr nicht an den einfachen Vorstellungen von Systematik und Einheit gemessen werden, denen die alten Wissenschaften entsprechen. Sie ist von ihnen so verschieden wie die Integration aus Differentialen von einer Summe oder einem Produkt aus endlichen Zahlen. In einer Wissenschaft wie der Soziologie gelangt der menschliche Geist selbst auf eine neue Stufe seiner Entwickelung.

Die soziologische Methode vollzieht eine Wiederannäherung an das Naturrecht nur insofern, als sie

[1]) Die anstatt ihre Kritik des Erkenntnisvermögens zur Beseitigung der magizistischen Aberglaubenselemente in der Lehre von der Möglichkeit objektiver Rechtsgarantie und damit des Rechts überhaupt anzuwenden, ein objektiv gültiges „richtiges Recht" in einem Geschiebe etlicher oberster Grundsätze logisch festgelegt zu finden hofft, wobei sie nur an Stelle der alten scholastischen mehr religiös gefärbten die eigentümlich kantischen mehr abstrakten und humanitären Formeln setzt

die Argumentation aus der Natur der Dinge zuläßt, nicht aber bedeutet sie eine Rückkehr zum Naturrecht und eine Verleugnung der Errungenschaften der historischen Methode. Vielmehr ist die historische Methode in der soziologischen mit aufgehoben und verstärkt, denn die Soziologie als Wissenschaft beruht eben in der Anwendung des entwicklungsgeschichtlichen Denkens auf wirtschaftliche und allgemein soziale Zusammenhänge; sie entstand dadurch, daß man diese Anwendung lernte.

3. Man hat der Schule der freien Rechtsfindung zum Vorwurf gemacht, sie predige den juristischen Umsturz, die anarchische Freiheit des Richters vom Gesetze, das dieser zugunsten „freien Rechts" nach Gelüsten brechen könne. Kein Vorwurf ist weniger berechtigt. Denn die freirechtliche Schule steht streng auf dem Boden der Lückentheorie. Auch sie rechnet, wie die alte Schule, mit einem durchgreifenden Walten des Gesetzes. Nur an wenigen Stellen, an denen das Paragraphennetz offenkundig schadhaft geworden, soll der Richter vorläufig nachflicken. Andererseits hat von der alten Schule her erwidert werden können, das, was die Freirechtler proklamierten, sei gar nicht neu, da man von jeher in der Auslegung der Gesetze den gesunden Menschenverstand zu soviel Recht habe kommen lassen, als er füglich überhaupt beanspruchen dürfe. Und wenn die jüngste Äußerung der alten Schule dahin geht, Rechtsnormen könnten als N o r m e n, gemäß ihrer Allgemeingültigkeit, stets nur abstrakt sein, sie könnten also nur rechtliche Grenzbestimmungen, nur R a h m e n geben, innerhalb deren die Natur der Sache, die Soziologie, der Menschenverstand usw. sich frei zu ergehen, nicht nur verstattet, sondern schuldig

seien[1]), so ist es klar, daß es Anhänger der alten Schule gibt, die freirechtlicher sind als die Freirechtler selber, und ebenso klar, daß die wichtige Methodenfrage in einen Wortstreit auszulaufen droht. Auch die Lückentheorie ist ja der alten Schule nicht fremd, hat sie doch gerade im Lückenfalle die Lehre von der Analogie in Bereitschaft[2]).

In der Tat könnte wohl eine ärgere Ungereimtheit nicht gedacht werden als die, Gesetze zu geben und anzuerkennen, um sie nachher nicht zu halten. Und darin eben stimmt ja die freirechtliche Richtung mit der alten Schule genau überein, daß sie das Recht mit Ausnahme einzelner Fälle und Möglichkeiten, die sie zu katalogisieren trachtet, in dem ungeheuren umfassenden Gesetzesapparat der modernen Kodifikationen und „Nebengesetze" verkörpert sieht. In dieser Stellung zum Gesetz zeigt es sich allerdings, daß der Unterschied der beiden Schulen, wenn auch ideell hochbedeutsam sich praktisch fast auf nichts reduzieren läßt. Auch wird zufolge dem oben festgestellten und erklärten Versagen des Gesetzes gegenüber wesentlichen Anforderungen des modernen Verkehrs die konservative Stellung, die beide dem Gesetze gegenüber einnehmen, abgelehnt und das Urteil gefällt werden müssen, daß die rechtsmethodologische Gedankenwelt beider den Zeitbedürfnissen nicht genügt.

§ 13. Das Wissenschaftsrecht der Zukunft und Gegenwart.

1. Umgekehrt ist das Verhältnis des Gesetzes und des freien Rechts oder, wie es nunmehr heißen soll, um

[1]) G. Kiß 1911.

[2]) Bezeichnend ist es, daß Zitelmann („Lücken im Recht" 1903) diesen als Vorkämpfer, jenen als Gegner der Freirechtslehre gilt.

seine wesentliche Objektivitätsbasis wahrnehmbar zu machen, des wissenschaftlichen Rechts anzusetzen. Der Jurist soll nicht regelmäßig ein schülerhafter Nachbeter unmittelbar gegebener Sprüche und nur gelegentlich zu freiem Schaffen verstattet, sondern er soll von Beruf ein sozialer Denker und an Gesetze nur ausnahmsweise gefesselt sein.

Solange die Welt die Objektivität des Rechts durch umfassende lückenlose oder lückenarme Gesetzgebung, durch Kodifikation zu erzielen träumt, so lange wird ihr auch zugerufen, es sei vergeblich, da der Gesetzgeber nie alle oder „die meisten" oder selbst nur „die wichtigsten" Fälle voraussehen könne. Sie hat es dennoch immer wieder versucht. Immer wieder hat der juristische Takt und hat insbesondere die Wissenschaft rastlos von Augenblick zu Augenblick der ungeheuren Mannigfaltigkeit der Rechtsfragen Genüge zu leisten gewußt und gezeigt, daß der menschliche Geist sie zu beherrschen vermag. Da hat man denn . . . die Wissenschaft zum Gesetze gemacht, man hat sie kodifiziert. „Die Wissenschaft gibt uns das Recht bis in all seine feinsten Verzweigungen," so sagte man sich, „also räumen wir mit unseren lückenhaften Einzelreglements, die das nicht tun, und mit den knappen Texten auf und machen zum Gesetz den ganzen wissenschaftlichen Stoff, das ganze wissenschaftliche System!"

So hat man es seit Ende des 18. Jahrhunderts gehalten; man hat das Ding eingefangen und tot und starr sich zu eigen gemacht, das nur frei, lebendig und beweglich überhaupt einen Sinn und ein Wesen hat, dessen Beruf in der Beweglichkeit und beständig abwechselnden Leistung besteht. Ist die Wissenschaft in

den Köpfen und in den Lehrbüchern, so gibt sie ihre Inhalte in größter Mannigfaltigkeit der Form und des Wortlauts, so daß immer eine Fassung die andere beleuchtet und der Kern der Sache ohne Rücksicht auf die zufälligen Ausdrucksarten rein sachlich herausgeschält und verwertet wird. Steht der Inhalt der Wissenschaft hingegen im Gesetz, so bindet der Ausdruck! Jedes Wort ist wie eine Schuldverschreibung, ein Schein, auf dem der stehen kann, der zufällig durch den Wortlaut sich begünstigt sieht. Dies Wort nun vertritt er mit aller Kraft, sein Anwalt mit all seinem Wissen und all seiner Beredsamkeit; entsprechend erwidert die Gegenpartei, und diesen Kampf um das Jota nimmt die (interpretatorische) Wissenschaft auf als ihre Probleme und ihren würdigen Gegenstand; so bemächtigt sie sich der hunderttausende (durch unglücklichen Zufall, wie die hergebrachte Meinung annimmt, kraft unabweislicher Notwendigkeit, wie wir wissen) unvollkommener, auf den konkreten Fall nicht passender Wortsetzungen, liest sie zusammen und macht dicke Bücher daraus. Nicht genug damit; in dem an sich ganz richtigen Gedanken, daß die Wissenschaft vorauszudenken berufen ist (savoir c'est prévoir) und der Praxis eine Führerin sein soll, müht sie sich Tag für Tag, neue derartige Jotaprobleme, die vielleicht irgendwann einmal aktuell werden könnten, vielleicht aber auch nicht, aus dem Gesetz herauszulesen; und wer ihrer die größte Fülle aufklaubt, gilt leicht als tüchtigster Jurist. Und Dissertationen, Monographien, Kommentare, Lehrbücher entstehen, mit wenig anderem angefüllt, als mit der „Darstellung" und „Untersuchung" dieser nichtigen Dinge, die die gelegentliche Wahl anderer Worte aus der Welt schafft . . . „ein Federstrich des Gesetzgebers,

und Bibliotheken werden Makulatur" (Kirchmann). Eine wertlose und sinnlose Wissenschaft die Jurisprudenz, die in solcher „exakten" Spielerei, mit der alles, nur natürlich keine sichere Voraussehbarkeit der Entscheidungen erzielbar, ihr Wesentliches sieht, eine Wissenschaft des Nichtwissenswerten (Hatvany von ähnlichen Auswüchsen der Philologie).

Solange man aber mit der vorgeschritteneren „alten" und der freirechtlichen Schule an die wenigstens relative oder ideale (am besten virtuelle) Lückenlosigkeit der Gesetzgebung glaubt und demnach möglichst alles Recht in Gesetzen niederzulegen, die Geschlossenheit des Gesetzessystems aufrecht zu erhalten sich emsig bemüht und also die ungeheure Masse von Gesetzen stehen und sich noch fortgesetzt vermehren läßt, so lange muß auch jene Unwissenschaft in der Jurisprudenz in einem unerträglichen Maße fortbestehen und fortwuchern, und mit ihr die Rechtsunsicherheit und die Menge vernunftwidriger oder aber gezwungener Entscheidungen, die sie hervorruft.

Deshalb heißt es mit der Masse der Gesetze aufräumen, die Wissenschaft frei, lebendig walten zu lassen und nur solche Gesetze zu machen, die nötig sind.

„Also sollen gewisse allgemeine Grundsätze festgelegt werden?" Gerade das nicht; gerade solche allgemeine Grundsätze sind zum großen Teil ganz überflüssigerweise in die Gesetze hineingeschrieben.

Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch sind z. B. die beiden ersten Paragraphen des Schuldrechts (241, 242) typisch als Sätze, die in das Gesetz nicht gehören, weil sie allbekannte Lehren, Normen eines eingewurzelten Weltgewohnheitsrechts darstellen, wenn man dem

§ 241, der eine rein lehrhafte Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses gibt, diese Eigenschaft überhaupt noch zuerkennen will. Und es ist nicht etwa unschädlich, wenn dergleichen im Gesetz steht; wir wissen: jedes Wort ist der Nährboden für die übergewaltig um sich fressenden Bakterien der wertlosen Wortjurisprudenz und der formalistischen Rechtsunsicherheit. Darum muß der Stamm der allgemeinen Grundsätze des Verkehrs dem Gewohnheitsrecht, das sie erzeugt hat, auch überlassen bleiben und darf nicht in Gesetzesform übergeführt werden. Die Besonderungen jedoch übernimmt, soweit nicht auch sie in Gewohnheitsrecht sowie in Usancen usw. auf längere oder kürzere Zeit konsolidiert sind, die Wissenschaft.

Was bleibt dem Gesetze?

Vor allem die uniformen Regeln des Verkehrs. Freilich wird ein großer Teil von ihnen, die Zeitbestimmungen (rechtlich geordnete Fristen, z. B. Verjährungsfristen, ferner Altersstufen für Mündigkeit u. dgl.) ebensogut dem Gewohnheitsrecht überlassen werden können, ebenso selbst Summenbestimmungen; die Domäne des Gesetzesrechts aber ist die Formularuniformität, die Bestimmung über die Form von Grundbüchern und mehr dergleichen Registern; es ist der handwerksmäßige oder wie man auch sagt, der technische, der subalterne Teil der Rechtstätigung, dem die Behandlung durch Gesetz und Gesetzeskunde vor allem angepaßt ist. Dann aber auch die reglementsmäßigen Verwaltungsnormen wie vor allem das Finanzrecht, zumal das Steuerrecht. In solchen Normen werden so viel konkrete, formale Einzelheiten befaßt und herrscht eine solche Uniformität, daß gewohnheitsrechtliche Behandlung auch für Men-

schen von wunderbarstem Gedächtnis untunlich wäre; es wäre so untunlich, wie wenn ein Kaufmann den Inhalt seiner Bücher Pfennig um Pfennig im Kopf haben sollte. Andererseits halten sich steuerliche Bestimmungen doch wenigstens für Jahrzehnte, so daß ihr Fluß für den Gesetzgebungsapparat nicht zu schnell läuft.

Sodann sind dem Gesetze vorzubehalten alle öffentlichen Strafen (nulla poena sine lege). Endlich aber und vor allem müssen der Regelung durch die staatliche Gesetzgebung überwiesen werden alle diejenigen Fragen, die Gegenstände eines heftigen und umfassenden Interessenstreits sozialer Gruppen geworden sind. In den Gesetzen des Verkehrsrechts sollen diese Fragen bindend beantwortet, diese Streitigkeiten geschlichtet sein, nicht aber sollen sich hunderte und tausende von Einzelpunkten, sei es in unverhüllt kasuistischer, sei es in äußerlich allgemein und abstrakt anmutender Art, geregelt sein, die die Wissenschaft aufgegriffen hat. Vom Gesetzgeber erwarten wir Entscheidungen gleichwie vom Richter und nicht schätzenswerte Belehrungen und gedruckte juristische Vorlesungen.

Also: Gewohnheitsrecht für den Stamm und teilweise für die Verzweigungen des Verkehrsrechts. Gesetzesrecht für die Formularuniformitäten, Organisationsnormen, Verwaltungsneuerungen, Strafrecht, und in der richteramtlichen Funktion der Gesetzgebung. Prinzipiell aber und allem voran das wissenschaftliche Recht.

Savignys unsterbliches Verdienst ist es, die Idee erfaßt zu haben, daß das Recht wesentlich Wissenschaft sein müsse, in einer doch noch naturrechts- und blind

gesetzesgläubigen Zeit die Lehre vom beständigen Fluß des Rechts und damit die weitere vorgetragen zu haben, daß das Recht sich mit dem Gesetz, dem gelegentlich festgelegten, nicht identifizieren dürfte. Sein Fehler aber war es, daß er neben das Gesetzesrecht nur das Gewohnheitsrecht zu stellen wußte. Im Gewohnheitsrecht vereinigten ihm sich die schwerflüssige Rechtssitte der Vorväter und die flinke Arbeit moderner Juristen, moderner Rechtsmassenproduktion. Deshalb wußte das gegenwärtige Zeitalter mit seiner Empfehlung des Gewohnheitsrechts als wesentlicher Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht nichts anzufangen; ob man denn zu den Zuständen der germanischen Wälder zurückkehren solle, fragte da mancher, der der wortwissenschaftlichen Jurisprudenz des alleinherrschenden Gesetzesrechts doch herzlich überdrüssig war. Und Savigny selbst war noch so im Glauben an die langsame unmerkliche, unbewußte Entwickelung des Rechts (im Volksgeist) befangen, daß er die Festlegung von Kodifikationen auf Jahrhunderte hinaus nicht nur für möglich, sondern für das sehnlichst zu wünschende Ziel ansah; sein „Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung" hat nur angesichts des unfertigen Zustandes der damaligen Rechtswissenschaft den Aufschub einer in der patriotischen Begeisterung von 1813 geplanten Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts empfohlen und durchgesetzt. Er hat damit nur zum Teil Recht gehabt, die Nachwelt dürfte geneigt sein, für seinen Gegner, Thibaut, zu entscheiden.

Denn eine Notwendigkeit der kodifikatorischen Rechtsformulierung und einer daran anschließenden unvermeidlichen Periode einer Alleinherrschaft des Gesetzesrechts gibt es allerdings: die historische Not-

wendigkeit, auf einem großen, rechtszersplitterten Gebiet Rechtseinheit zu schaffen. Ein solches war das damalige Deutschland. England hat nie der Kodifikationen des Verkehrsrechts bedurft, weil seine Reichsgerichte die Jahrhunderte hindurch die Rechtseinheit gewahrt haben. Das ist die Tragik in Savigny, daß, während er seinem Zeitalter den Beruf zur Gesetzgebung absprach, im Grunde gerade dies und nur dies Zeitalter das Bedürfnis und den Beruf zur Kodifikation gehabt hat. Savigny wollte die Wissenschaft erst kodifikationsreif werden lassen, um sie dann zu kodifizieren, wie es später in den Reichsjustizgesetzen und im Bürgerlichen Gesetzbuche in erheblichem Maße zur Tat geworden ist. Diesen ferneren Fehler Savignys, dem Zeitalter, in dem er schrieb, noch selbstverständlich, hat erst und allein Julius Hermann v. Kirchmann berichtigt, dem Zeitalter, in dem er schrieb, vorauseilend und von ihm und der folgenden Zeit unverstanden, da er lehrte, daß es der Ruin des Rechts und der Rechtswissenschaft ist, wenn die Wissenschaft zum Gesetz erhoben wird.

Das eine hat freilich Kirchmann so wenig wie Savigny bemerkt, daß der Grund, der uns zwingt, mit der Alleinherrschaft und später auch mit der Vorherrschaft des Gesetzesrechts eine Ende zu machen, wesentlich in der modernen Entwicklung gelegen ist, der Entwicklung, deren vergrößerte Geschwindigkeit und deren beständig gesteigerte Beschleunigung vor allem die Mannigfaltigkeit der Rechtsfragen zur Unerschöpflichkeit hinaufgetrieben hat. Solange man dieser beschleunigten Entwicklung nicht inne wurde, gab es eigentlich keinen Einwand gegen diejenigen, die zugunsten des Gesetzesrechts auf die abstrakte und all-

gemeine Fassung der modernen Gesetze hinweisen. In der Tat deckt diese Dutzende von Spielarten neuer Fälle; erst die Entwicklung wirft ihr von Moment zu Moment Dutzende neuer Spielarten hin, die aus dem Rahmen herausfallen und des Gesetzes spotten, seine Macht zur Ohnmacht verkehren, seine Allbereitschaft und Allwissenheit zur Ratlosigkeit und Unbrauchbarkeit.

Wohl darf man urteilen: Das preußische Allgemeine Landrecht war aufrichtig kasuistisch, wenn es treuherzig „alle" Fälle zu berücksichtigen meinte („Was von Zäunen gilt, gilt auch von Staketen"), ebenso wie sein Vorbild, das achtbändige Naturrecht Wolfs, in dem u. a. abgehandelt wird, wie es zu halten sei, wenn zwei Personen aus einem engen Fenster zu sehen wünschten; moderne Kodifikationen wie das deutsche Bürg. Gesetzbuch aber auch schon das österreichische und zumal der code Napoléon sind in ihrer scheinbaren Abstraktheit und Allgemeinheit doch in jeder ihrer Bestimmungen auf einen engen Kreis von Fällen zugeschnitten, auf bestimmte Anlässe hin gemacht und somit versteckt kasuistisch; aber erst im Verhältnis zur Entwicklung sind sie das: eng und im Grunde kasuistisch. Also auch erst für die hochmoderne Zeit, und noch nicht für diejenige Savignys, kaum für diejenige Kirchmanns.

Die beschleunigte Entwicklung der modernen Kultur hat es gefügt, daß heute Rechtsentwicklungen sich in fünf Jahren vollziehen, die früher gerade in 500 Jahren möglich waren; so ist die weitgehende Rechtsentwicklung innerhalb unseres deutschen Kartellwesens in einem derartig kurzen Zeitraum, im ganzen etwa in den letzten 15 Jahren zustandegekommen. Nie hätte den vielfachen Bedürfnissen und ihren schnellen Verände-

rungen die staatliche Gesetzgebung zu folgen vermocht, sondern nur die Kartellschiedsgerichte mit ihrem freien wissenschaftlichen Rechte konnten es. Wie die staatliche Gesetzgebung würde auch die staatliche Justizgebung versagt haben, besetzt, wie sie ist, mit Richtern, denen das Recht begrifflich als ein stabiles, als wesenseins mit Gesetzesrecht erscheint und die, selbst wenn sie die Möglichkeit flüssiger Kristalle eingesehen haben, die Möglichkeit des wissenschaftlichen Rechts noch nicht zu fassen vermögen. Ganz ähnlich wie im Bereich der Unternehmerkartelle verhält es sich in den Beziehungen der Unternehmer- und Arbeiterverbände, im Tarifrecht (Recht der Tarifverträge) und namentlich auch in dem Rechte des die moderne Industrie beherrschenden Stücklohnvertrages, dem Recht der Akkordarbeit. Die vielfach verzweigten und geltenden, weil unentbehrlichen Rechtssätze dieser Institutionen sind ganz ohne staatliche Sanktion und wesentlich im letzten Jahrzehnt gemacht worden. Null oder verschwindend klein, gleich null ist das, was davon im Bürgerlichen Gesetzbuch bzw. in der Gewerbeordnung steht. Natürlich läßt sich das System des Kartellrechts, des Tarifrechts und Akkordarbeitsrechts mit den paar anklingenden Vorschriften jener Gesetze irgendwie in Beziehung setzen; aber einleuchtenderweise ist hier nichts anderes gegeben als ein nachträgliches Anstücken des längst vorher frei gestalteten Rechts, ein müßiges Vergnügen; denn es sind nur Beziehungen negativer Art, die sich zwischen dem Recht und den Vorschriften herstellen lassen, nicht aber eine positive Herleitung des Rechts aus dem Sinne der Vorschriften.

Natürlich herrscht bei der noch allgemein üblichen wesentlichen Identifikation von „Recht“ und „Gesetz“

die Überzeugung, daß alles wissenschaftliche Recht so bald als möglich in Gesetzeszustand übergeführt, den bestehenden Kodifikationen behufs deren Ergänzung einverleibt werden müßte. Es ist durchgreifend erwiesen, daß das zu nichts dient und auf die Dauer nicht sein kann. Daß die Zeit, in der Wissenschaft zum Gesetze zu erheben war, zu Ende geht. Nicht gesetzlich, sondern autonom von den beteiligten Interessentengruppen wird das moderne Verkehrsrecht zu regeln sein, durch ihre Vereinbarungen (die auf mäßige Fristen zu laufen pflegen) und durch die Wissenschaft ihrer Syndici und sonstigen Rechtsberater, ihrer Schiedsrichter und ihrer Schriftsteller. Einwurzelndes mag auch hier zum Gewohnheitsrecht werden, und durch Gesetz werden auch hier die Punkte geregelt werden müssen, die erheblich über die unmittelbar beteiligten hinaus weitere Kreise in Mitleidenschaft ziehen. Und sodann solche, in denen die sozialen Gegensätze unvereinbar scharf aufeinander prallen. Aber in diesem Falle werden die widereinanderstehenden, ihr Recht suchenden Interessentengruppen je länger desto mehr auf die Entscheidung durch Gesetz verzichten, denn die Gesetzgebung ist ein Verfahren, das den Interessenten teuer zu stehen kommen kann, es werden ihnen Gebühren abgenommen in Gestalt von Vorteilen, die anderweitige Gruppen sich in dem Gesetz zu sichern wissen: der Staat selbst, die herrschende Partei, irgendwie „ausschlaggebende" oder „zu berücksichtigende" Parteien, womöglich selbst einzelne Parteiführer; dadurch und durch das Mitberaten der Unkundigen mit den Sachverständigen wird überhaupt die Sachlichkeit und exakte Zweckmäßigkeit des Gesetzes beeinträchtigt, die gewahrt bliebe, wenn nur die, die es angeht, sich damit befaßten. Man sieht,

daß das Vordringen des wissenschaftlichen Rechts in großem Maße auch vom Umsichgreifen der Selbstverwaltung abhängen wird. Dies jedoch, daß an Stelle des Staats mehr und mehr die gesellschaftlichen Gruppen ihre eigenen Angelegenheiten in die Hand nehmen, ist durchaus zu erwarten und auch zu wünschen. Eine so hohe Organisation wie der Staat soll der Herr in großen Dingen sein und der Helfer in der Not, nicht das Mädchen für alles.

2. Das Wissenschaftsrecht ist keine bloße Vorstufe des Gesetzesrechts; aber ebensowenig ist es bloßes Gewohnheitsrecht. Wenn auch ein bestimmter Zeitraum zur Entstehung von Gewohnheitsrecht der neueren Lehre zufolge nicht erforderlich ist, so doch ein Zeitraum immerhin; es muß eine gewisse Vigenz des Rechtssatzes nachgewiesen werden können. Das wissenschaftliche Recht aber hat gar keine Zeit, die Entwicklung, für die es da ist, läßt ihm keine. Nicht kraft irgend einer vorangegangenen Festlegung, sondern vermöge seiner augenblicklichen Überzeugungskraft erlangt es Geltung. Im Bereiche des stabilen Rechts, des Gesetzes und Gewohnheitsrechts ist eine Entscheidung richtig, weil sie Rechtens ist. Im Bereiche des mobilen, des wissenschaftlichen Rechts ist eine Entscheidung Recht, weil sie richtig ist. Die Geltungskraft wird gewonnen nicht wie beim Gewohnheitsrecht in der Dauer durch langes Festliegen, sondern in der Geschwindigkeit durch die Arbeit, die rational von vielverzweigten Geisteskräften geübt wird und im Entstehen selbst schon wie in der Vollendung bewährt werden muß unter der rastlosen Kritik hunderter von wachsamen Rechtsgelehrten und Politikern.

Wenn man dies Recht der eilenden Hochmoderne mit dem Recht hindämmernder Vorzeit in eins zusammenwirft unter dem üblichen Savignyschen Begriffe des Gewohnheitsrechts, so hat man den Schlüssel zum Verständnis des Rechts als eines Begriffs, der auch und gerade die heutige und zukünftige Erscheinung des Rechts mit umfassen soll, von vornherein verworfen. Es ist kein müßiger terminologischer Streit, der hier erhoben wird. Für verschiedene Dinge muß man verschiedene Namen haben oder mit der Verwirrung vorlieb nehmen.

Gewohnheitsrecht und Wissenschaftsrecht sind zwei Erscheinungen sozialen Lebens, die zwei historisch weit voneinander getrennten, soziologisch völlig disparaten Stufen der menschlichen Kulturentwicklung angehören. Setzt man dem Gesetzesrecht gegenüber in der üblichen Weise unter der Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" das wirkliche Gewohnheitsrecht und das Wissenschaftsrecht in eins, so ergibt das eine ebenso schiefe Anschauung, als wollte jemand dem geschichtlichen Pfluge gegenüber die vorgeschichtliche Hacke und den modernen Dampfpflug in eins setzen, weil beide nicht von Pferden oder Ochsen bewegt werden.

Wenn die Gegenwart und die Zukunft sich, anstatt in der Stabilisierung die alleinige Garantie des Rechts zu suchen, der Wissenschaft anvertraut, so folgt sie nur einer Entwicklungsnotwendigkeit, die im sonstigen Gebiete der Kultur bereits zum Durchbruch gelangt ist. Den Transport besorgten einst Wagen und Bote, die jeder Bauer und Fischer lenkte; auf Lokomotiven und Automobilen und auf Dampfschiffen der Binnengewässer dienen Handwerker; auf dem Ozeandampfer regelt den Gang der Maschine der Ingenieur oder gar

ein Stab von Ingenieuren, von Wissenschaftlern also. Einst wurde die Menschheit durch Urproduktion ernährt, durch Jagd, Fischerei, Landwirtschaft, deren einfache Betriebsformen in der allgemeinen Gewohnheit überliefert wurden; sodann durch die immerhin schon besonders zu erlernenden aber doch durch die Jahrhunderte hin festbegründeten Geschicklichkeiten des Handwerks; heute durch die Wissenschaften der Technik und der Nationalökonomie. Einst heilte die Menschheit ihre Krankheiten durch die in der Volksgewohnheit allgemein verbreiteten Sprüche und Mittel („Hausmittel" wie „Hauswirtschaft"); dann durch das medizinische Handwerk; und heute durch die medizinische Wissenschaft, die nicht nur sich selbst entwickelt, sondern bereits mit einer Veränderung des Gesundheitsstandes und der menschlichen Körpertypen durch die sich wandelnden Siedelungs-, Kleidungs-, Ernährungs- und Arbeitsverhältnisse, und darüber hinaus selbst mit geschichtlich wahrnehmbaren Entwicklungen der „Krankheiten" zu rechnen hat. Und so muß die Menschheit, die einst mit dem im Volksbewußtsein allgemein verbreiteten Gewohnheitsrecht die etwa vorkommenden Händel schlichtete, dann mit dem Handwerk des Gesetzesrechts den bereits regelmäßigen und fortgesetzten aber doch im Typus wenig veränderlichen Bedarf an rechtlicher Regelung des bürgerlichen Lebens deckte, jetzt durch Wissenschaft die beständig in neuen Formen aufschießenden Interessenkonflikte ausgleichen.

Die Gewohnheit ist die Form, in der der menschliche (individual-soziale) Geist stabile einfache Verhältnisse, das Handwerk die Form, in der er stabile mannigfaltige Verhältnisse,

die Wissenschaft die Form, in der er mannigfaltige mobile Verhältnisse beherrscht.

Gewohnheit, Handwerk, Wissenschaft, die Grundformen der menschlichen Kulturtätigkeit, der Verständigung über sie und insbesondere auch der lehrenden Verständigung über sie, ihrer Tradition. Sie folgen einander, aber nie und nirgends kann die höhere die vorhergehende Stufe ausschalten. Vielmehr muß sie sich ihrer bedienen und bereichert sie. Vielleicht wird so die absolute Zahl der Erscheinungen juristischer Handwerksstufe, des Gesetzesrechts also, gar nicht sinken; aber im Verhältnis des siegreichen Wissenschaftsrechts zu dem Gesetzesrecht und der Textjurisprudenz wird der Übergang zur wissenschaftlichen Periode der Rechtsübung sich zeigen. Dem Gewohnheitsrecht bestätigt gerade das Wissenschaftsrecht seine Geltung. Die Handwerksstufe, die gesetzesrechtliche, hat gedacht, die vorhergehende ausschalten zu können und zu sollen. Sie hat darin schwer geirrt. Sätze wie die oben zitierten Eingangssätze des deutschen Obligationenrechts gelten als Gewohnheitsrecht; nicht etwa weil sie im Gesetz stehen, sondern sie würden auch gelten, wenn das Gesetz ihnen direkt widerspräche. Das Gesetz hätte nie vermocht, sie abzuschaffen. Wie sehr hat das Zeitalter des Gesetzesrechts die Kraft und Selbständigkeit des Gewohnheitsrechts stets unterschätzt! Selbst die vor allem gewohnheitsrechtsfreundliche historische Schule faßt das Verhältnis des Gewohnheitsrechts und Gesetzesrechts zuletzt in die Frage zusammen, ob Gewohnheitsrecht dem Gesetze derogieren, d. h. ob Gewohnheitsrecht contra legem sich bilden könne ... daß also

das Gesetz nur zu wollen und zu sprechen brauche, um mit jedem Gewohnheitsrechte aufzuräumen, setzt auch sie voraus! In Wahrheit trifft diese Voraussetzung nur auf Gewohnheitsrechtssplitter von untergeordneter Bedeutung zu. Im übrigen aber ist das Gewohnheitsrecht nicht durchaus darauf angewiesen, sich langsam und heimlich einzuschleichen; Gewohnheitsrecht von großer, welt- und zeitbeherrschender Bedeutung macht mit elementarer Gewalt jede gesetzgeberische Bemühung zuschanden, die ihm entgegenstrebt; solches Gewohnheitsrecht, dem Gesetze von vornherein trotzend, hat nicht nur derogatorische, es hat auch irrogatorische Kraft.

Es ist für die besondere Überlegenheit der wissenschaftsrechtlichen Anschauung im Gegensatz zur bisherigen rechtshandwerkerlichen (gesetzesrechtlichen) bezeichnend, daß sie sich durchaus in keiner Weise dahin vergißt, die überwundenen Stufen ausmerzen zu wollen, sondern sie ihrem eigenen Organismus bewußt einfügt.

Allgemein genommen ist es die geschichtliche Denkweise der wissenschaftlichen Stufe, in der ihre Überlegenheit über die ungeschichtliche der Handwerksstufe zutage tritt.

3. Verkehrt wäre nun freilich die Annahme, es müßte die große Menge der einzelnen Entscheidungen unter Aufbietung eines wissenschaftlichen Apparats gefunden werden. Nein, dies so wenig, wie der Arzt jede Erkältung und jede Schramme mit tiefgründiger wissenschaftlicher Erwägung bedenken darf. Im Gegenteil! Gerade das ist mit ein Hauptübelstand der modernen gesetzesrechtlichen Periode, daß sie auch die Masse der alleralltäglichsten Streitigkeiten, auch die mit ganz geringem Streitwert, unter Wissenschaft setzt, denn die freie soziologische und rechtsdogmatische Wissenschaft anzuwenden ist sie stets in der Lage, und die gesetzesinterpretatorische Wortwissenschaft anzuwenden ist sie gezwungen; darin liegt ja das Wesen der Herrschaft des Gesetzesrechts. Dadurch wird der Gang der Justiz

natürlich sehr verlangsamt, und beständig sieht man die Justiz in Gefahr, hinter dem Tempo des modernen Lebens ebenso zurückzubleiben wie die Gesetzgebung. Nur daß die Gesetzgebung zurückbleiben mußte, während die Justiz nie zurückbleiben darf.

Die wissenschaftsrechtliche Einsicht befreit die Kleingerichtsbarkeit von dem Wissenschaftszwang, den die gesetzesrechtliche Zeit ihr, und zwar am meisten in Deutschland, auferlegt hat. Sie gestattet ihr, zu arbeiten ohne das Rüstzeug der juristischen Schule, ohne die Wissenschaft, unter Beobachtung der gesetzlichen Grenzen, die in jedermanns Bewußtsein sind, aus verständiger Würdigung des Falles heraus (ex arbitrio boni viri) zu entscheiden. Die Verständigkeit der Würdigung wird erzeugt dadurch, daß die Gegenstände der Gerichtsbarkeit spezialisiert, in soziale Sphären aufgeteilt werden, deren je eine jeder dem betreffenden Berufskreise (Gewerbetreibende, Kaufleute usw.) oder Interessenkreise (Hausbesitzer, Mieter, Versicherer, Versicherungsnehmer usw.) zugehörige gut kennt. Ferner durch allmählich mittels Einarbeitung erlernte Geschäftsgewandtheit. Hier ist es, wo eine neue blühende Entwickelung des Rechtshandwerks, durch die Rechtswissenschaft begünstigt, sich anbahnt. Eine andere gleichartige Entwickelung des Rechtshandwerks geht ihr zur Seite, indem die Vertreter spezifischen Rechtshandwerks, die rechtstechnisch gebildeten „Subalternen" (deutscher Terminologie) mehr und mehr zur wissenschaftslosen Behandlung der geringeren Rechtsangelegenheiten berufen werden: Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, expedierende Sekretäre, Bureauvorsteher, Prozeßagenten usw. Längst sind die Geschäftsanwälte Englands (solicitors) und Frankreichs (avoués)

auf diesem Wege weit vorausgeeilt. Ja, England hat bereits in seinen „Masters“ Gerichtsorgane geschaffen, die auch große Aufgaben erledigen, ohne daß der Richter selbst bemüht wird, die zwischen den Rechtshandwerkern und den Richtern stehen nicht anders als in unseren industriellen Etablissements die Ingenieure und Oberingenieure zwischen den unteren Technikern und den technischen Direktoren. Die Träger der herrschenden Gesetzesjurisprudenz und Gesetzesrechtsprechung vereinigten Wissenschaft und Handwerk. Sie waren Gelehrte, vom Handwerk beständig niedergezogen, und ihr Handwerk wurde durch Wissenschaft kompliziert und altfränkisch bizarr und steif gestaltet. Der moderne Rechtshandwerker ist wissenschaftslos, ist Geschäftshandwerker, der flott arbeitet, dessen Gesetzeskunde . . . denn eben mit Gesetzen und Reglements arbeitet er . . . dessen Vorschriftenkenntnis weder Mittel noch Zweck irgend einer gelehrten Scholastik ist. Er regelt geschäftsmäßig, wissenschaftslos das Gewöhnliche, und im Bereich der großen Aufgaben waltet mit den großen Mitteln der Wissenschaft der gelehrte Richter und Rechtsanwalt.

Unter der Herrschaft des Gesetzesrechts ist die gesamte Rechtsprechung von wissenschaftlicher (äußerer) Form und von sehr fragwürdigem und unreinem wissenschaftlichem Gehalt. Unter der Herrschaft des Wissenschaftsrechts ist der eine Teil der Rechtsprechung wissenschaftsfrei und von vollwertigem geschäftlichen Gehalt, der andere von wissenschaftlicher Form und vollwertigem wissenschaftlichen Gehalt. Auch hierin zeigt sich nun das Ende der Zeit gekommen, in der begriffsmäßig die Wissenschaft zum Gesetz und das Gesetz zur Wissenschaft erhoben wurde; zeigt sich die Scheidung

der Wissenschaft vom Gesetz, die Zerreißung der primitiven Einheit, die Gesetz und Wissenschaft bisher bildeten, vollzogen. Selbst in der Freirechtsschule konnte, da sie immer noch den Hauptstock des Rechts und der Wissenschaft in dem Gesetz und der interpretatorischen Wissenschaft sieht, die Doppelung der freien Rechtsfindung in freie wissenschaftslose und freie wissenschaftliche Rechtsfindung nicht genügend klar erfaßt und in ihrer Bedeutung erkannt werden.

Gerade die wissenschaftslose Rechtsprechung ist von den Anhängern der alten Rechtswissenschaft erbittert bekämpft; sie müsse zur Willkür, zur Bedrückung führen. Die freirechtliche Schule hat das positiv kaum zu widerlegen gewußt, sie hat wesentlich nur darauf hinweisen können, daß es in der Gerichtsbarkeit des täglichen Lebens „so (ohne wissenschaftslose Rechtsfindung) nicht weitergehe". Da ist nunmehr festzustellen: innerhalb der Verhältnisse, die die bisherige Rechtsgeschichte der lebenden Völker bis an die Schwelle der jüngsten Zeit befaßt, ist allerdings die freie wissenschaftslose Rechtsprechung gleich einer Gewalt, die immer droht, alle Stützen der Ordnung und Moral einzudrücken.

Und zwar ist es die Ausdehnung der Gerichtsbezirke und die Massenhaftigkeit der Arbeit nebst der Zahl, der Dichtigkeit und der von Tag zu Tage steigenden Beweglichkeit (Fluktuation) der Bevölkerung, die unserem Zeitalter die erforderlichen objektiven Garantien für eine wissenschaftslose Rechtsprechung darbietet. Jeder der vielen Fälle wird hier zur bloßen Nummer, die Parteien sind den Richtern persönlich ganz unbekannt; sie haben keinen Anlaß und nicht einmal Zeit, parteilich zu sein. Und

sie haben allen Anlaß, unparteilich zu sein. Niemand könnte sie vor der Wachsamkeit der Parteien und der Presse sowie der sozialen Organisationen schützen. Auch die Regierung, auch die Klasse, die einzelne Partei hat nicht die Macht dazu, gegenüber dem ungeheuren Druck einer großzügigen und international wie auch sozial verzweigten öffentlichen Meinung. In den kleinen Verhältnissen der früheren Zeit und teilweise, z. B. in Schweizer Kantonen auch noch der jetzigen, wirken nicht nur die Motive persönlicher Neigung und persönlicher Abneigung im Richter, der jeden kennt, wie er von jedem gekannt wird. Es konnte auch der Richter eines alten deutschen Bezirks nicht wagen, sich mit dem Patrimonial- oder kleinen Territorialherrn, oder mit dem Geistlichen, es kann der Richter einer kleinen Republik es nicht wagen, sich mit der herrschenden Clique in ernstlichen Widerspruch zu setzen, denn die große öffentliche Meinung kümmert sich um so kleine Verhältnisse nicht, und die heimatliche kleine vermag nichts gegen die heimatliche organisierte Clique oder Herrenmacht; wiederum ist der Richter gegen alle Anfechtung gesichert, solange nur die Clique oder der Herr ihn hält.

Die objektiven Garantien der wissenschaftslosen Rechtsprechung liegen also a) in der großen Macht der öffentlichen Meinung in den Verhältnissen der Gegenwart, b) in der handwerksmäßigen Routiniertheit und persönlich indifferenten Maschinenmäßigkeit des Betriebs. Sodann c) darin, daß im Schoße des Gerichts selbst doch einmal der Gegensatz der Parteien repräsentiert wird. Denn das moderne, im Wege geschäftlichen Rechtshandwerks arbeitende Laiengericht ist Gericht über Klassengegensätze, und es hat jeweils sowohl die

Arbeiterschaft wie das Unternehmertum, der Mieter wie der Vermieter den Vertreter seiner Gruppe als Beisitzer im Gericht; über diesen beiden sachverständigen Laien führt den Vorsitz der rechtsgelehrte Richter, und der kann d) jederzeit auf die Wissenschaft zurückgreifen.

Wer die moderne wissenschaftslose Rechtsprechung und die ihr dienenden Gerichte verwirft, indem er sie mit der wissenschaftslosen patriarchalischen Rechtsprechung zusammentut und sich um den Nachweis bemüht, daß dieser angebliche Fortschritt in Wahrheit ein Atavismus sei, der irrt nicht anders als derjenige, der das Wissenschaftsrecht nicht anzuerkennen weiß, weil er sich außer dem Gesetzesrecht nur Gewohnheitsrecht denken und im Wissenschaftsrecht nur solches sehen kann.

Die moderne wissenschaftslose Rechtsprechung ist so gänzlich ein Erzeugnis neuester Kulturentwickelung, daß selbst die scheinbare Paradoxie nicht gescheut werden durfte, das Wissenschaftslose moderner Rechtsprechung als Begleiterscheinung und Teilbegriff des Wissenschaftsrechts zu bezeichnen. Letzten Endes ist aber doch das, was die freie wissenschaftslose Rechtsprechung unbedenklich und sohin möglich macht, die Existenz einer großen, freien, international verbreiteten und gefestigten Rechtswissenschaft, in der ja auch die Hauptgarantie, die öffentliche Meinung, ihre Gründe findet, wenn sie einmal Anlaß hat, sich mit einem Urteil der Alltagsgerichtsbarkeit zu beschäftigen.

III. Buch.

Die Rechtsphilosophie.

§ 14. Rechtsphilosophie und Jurisprudenz.

1. Die Jurisprudenz ist eine Fach- oder Einzelwissenschaft, die Rechtsphilosophie ein Teil der Philosophie. Die Unterscheidung der Fach- oder Einzelwissenschaften von der Philosophie ist allgemein geläufig.

Jedermann bedient sich der Redewendung „über eine Sache philosophieren“ und verbindet einen ganz bestimmten Sinn damit: daß das Philosophieren vom fachmäßigen Wissenschaftsbetrieb sich unterscheidet, daß es nicht der Verknüpfung der einzelnen Dinge mit anderen einzelnen sich widmet, sondern sie zu den allgemeinsten Gesichtspunkten in Beziehung setzt, daß es die Dinge nicht auf ihre logische, ethische oder ästhetische Richtigkeit innerhalb eines beschränkten Rahmens, sondern im Hinblick auf die obersten Gesetze dieser Art bzw. die Natur, die Grenzen, die Möglichkeit solcher Gesetzlichkeit überhaupt prüft. Jeder Mensch überläßt sich gelegentlich den Gedanken an dergleichen letzte Fragen, und jeder gelangt auch zu ganz bestimmten Antworten, freilich sehr verschieden nach Urteilsfähigkeit, Bildung und Lebensalter der einzelnen. Es ist das philosophische Bedürfnis im Menschen, das sich hierin Bahn bricht. Und was die Bezeichnung des „Philosophierens“ betrifft, so ist auch die sehr geläufig; hört man doch selbst ganz ununterrichtete Leute einander sagen: „Philosophiere nicht so“, wenn unter ihnen einer über etwelchen Gegenstand abstrakte, unfachmäßige Erörterungen zum besten gibt. Hier ist dann freilich dem Begriff des Philosophierens eine abschätzige Bedeutung beigelegt, als etwa: „unnützes Zeug reden“. Weil nämlich die Philosophie, durchaus allgemeine und abstrakte Themata pflegend, im Gegensatze zu den aufs konkrete und besondere gehenden Fachüberlegungen den Werken des Alltags wenig nütze ist, so gibt es immer Verächter und Feinde der Philosophie, gelehrte wie ungelehrte, die sie aus dem Buche der menschlichen Erkenntnis verbannt wissen wollen. Diesem Verlangen wäre dann zu entsprechen, wenn, wie jene meinen, die Summe der Einzelwissenschaften das gesamte Maß unseres Erkennens erschöpfte.

Das ist aber offenbar nicht der Fall. Jede Einzelwissenschaft ist ausgespannt über einem sie monistisch abschließenden Fundamentalbegriff, eben demjenigen Begriffe, zu dessen fachmäßiger Erörterung sie da ist. So die Rechtswissenschaft über dem Fundamentalbegriffe „Recht“, die Wirtschaftswissenschaft über dem Fundamentalbegriffe „Wirtschaft“, die Mathematik über der „Quantität“, die Physik über der „Energie“, die Sprachwissenschaft über der „Sprache“, die Psychologie über der „Seele“ usw. Die Einzelwissenschaften erklären uns ihren Fundamentalbegriff, indem sie darstellen, wie er in ein-

zelnen variablen Fällen, an irgendwelchen Gegenständen oder Vorgängen in Erscheinung tritt. Z. B. wie das Recht in Erscheinung tritt, wenn staatliche Macht dem A ein Übel zufügt, weil dieser dem B ein Übel zugefügt, wie die Energie in Erscheinung tritt, wenn eine Kugel geworfen oder ein elektrischer Strom geschlossen wird usw. Aber liefert damit die betreffende Einzelwissenschaft wirklich die volle Erklärung des zugehörigen Fundamentalbegriffs? Wir richten an sie die Frage: Was ist Recht, was ist Energie? — und die Antwort ist eigentlich ausweichend. Sie beginnt: „das Recht (die Energie) hat die und die Erscheinungen, betätigt sich, funktioniert so und so." Eine Definition ihres Fundamentalbegriffes kann die Jurisprudenz nicht, kann keine Einzelwissenschaft geben: definitio fit per genus proximum (nächster Gattungs- oder Oberbegriff) et differentiam specificam (artbezeichnender Unterschied), und schon der nächste Oberbegriff des Fundamentalbegriffs ist der dem letzteren zugehörigen Fachwissenschaft unzugänglich.

Nun verzweigen sich zwar die Einzelwissenschaften vielfach und manche kann als Sonder- oder Einzeldisziplin einer umfassenderen eingeordnet werden, wie z. B. Staatsrecht, Strafrecht, bürgerliches Recht Einzeldisziplinen der Rechtswissenschaft sind. Aber schließlich gelangt man zu den letzten Begriffen, über denen noch geschlossene Einzelwissenschaften aufgebaut sind[1]). Bei allen Begriffen streckt sich die Erklärung in zwei Richtungen, gewissermaßen nach zwei Polen hin (bipolar), nämlich einmal in der Aufweisung der Erscheinungen, sodann in der Unterordnung des Begriffs. Beide Bedürfnisse regen sich auch den letzten fachwissenschaftlichen Fundamentalbegriffen gegenüber. Auch sie wollen nicht bloß durch ihre Funktionen erklärt, sondern außerdem noch unter höhere Gesichtspunkte eingeordnet werden. Damit betritt man das Gebiet der Philosophie. Sie ist die Wissenschaft von den Fundamentalbegriffen. Sie besorgt deren Vereinigung.

Dieser Gesichtspunkt der Vereinigung lenkt den Blick auf ein weiteres Geistesbedürfnis, welches die Philosophie ohne weiteres notwendig macht. Es ist das Bedürfnis nach mo-

---

[1]) Die Lage dieser letzten Begriffe und damit die Grenze zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften verschiebt sich natürlich mit fortschreitendem Erkennen. So hat sich neuestens die Psychologie als Einzelwissenschaft von der Philosophie losgelöst.

nistischer Gestaltung des Erkennens. Es macht sich geltend darin, daß es gerade einen Fundamentalbegriff an die Spitze jeder Einzelwissenschaft stellt, daß es die Gesamtheit des Erkennens unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen, mit einem einzigen letzten Fundamentalbegriff abzuschließen wünscht. Erkennen ist Auffinden von Richtigem, von Widerspruchslosem (vgl. S. 119), und (die letzten) Widersprüche sind (immer) nur durch Unterordnung unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu beheben[1]).

Ist so die Notwendigkeit der Philosophie dargetan, so gilt es nunmehr noch den Inhalt der philosophischen Wissenschaften (und insbesondere der Rechtsphilosophie zu ermitteln). Aus den bisherigen Betrachtungen, insbesondere über die bipolare Richtung des Erklärens läßt sich zweierlei ableiten: daß nämlich erstens die philosophischen Wissenschaften keine anderen Gegenstände haben als die Einzelwissenschaften. Man kann über denselben Gegenstand sich philosophisch und fachwissenschaftlich äußern, nur die Behandlungsweise macht den Unterschied. Über das Recht gibt in Richtung der Funktionen die Jurisprudenz, in Richtung der Unterordnung unter höhere Gesichtspunkte die (Rechts-) Philosophie Auskunft. Dies legt die zweite

---

[1]) Vernachlässigt man sie, so beraubt man sich des Blicks für dasjenige, was außerhalb des eigenen Fachs liegt und kommt zu dem kurzsichtigen — vor allem aber gänzlich unwissenschaftlichen — Standpunkt, hinter diesem Fach höre die Wissenschaft auf. Die Kraft, die im Isolieren und Abstrahieren liegt, wird zur Schwäche, wenn der Bogen überspannt, wenn der Blick so einseitig auf die abstrahierten Gegenstände gerichtet wird, daß diejenigen, von denen abstrahiert wurde, ganz aus dem Gesichtsfeld schwinden. Die Naturwissenschaften tun z. B. Recht daran, wenn sie, von den teleologischen Zusammenhängen abstrahierend, die kausalen für ihre Beobachtung isolieren. Aber sie irren, sobald sie nun ganz und gar vergessen, daß teleologische Zusammenhänge doch auch, und zwar ebenso gut als kausale, gedacht werden können, und in diesem Vergessen befangen den Zweckwissenschaften wie z. B. der Jurisprudenz die Berechtigung abstreiten und sich daran machen, mittels kausalen Denkens allein eine Welterklärung herzustellen. Freilich wird auch auf der anderen Seite gesündigt, wenn z. B. gewisse Juristen nichts von Hilfswissenschaften wissen wollen, die zur Naturwissenschaft herübergreifen oder wenn manche Theologen noch immer Moses gegen Darwin ausspielen. Aber die erstere Einseitigkeit im Abstrahieren ist, bei der Vorherrschaft der Naturwissenschaften, heute gefährlicher als die zweite; gibt es doch selbst unter den Vertretern der Gesellschaftswissenschaften solche, die Wissenschaft mit Naturwissenschaft identifizieren und demgemäß mit der naturwissenschaftlichen Methode glauben auskommen zu können.

Vermutung nahe, daß jedem fachwissenschaftlichen Fundamentalbegriff außer der zugehörigen Einzelwissenschaft auch eine zugehörige Philosophie wird beizuordnen sein.

Beides bestätigt sich. Jede Einzelwissenschaft faßt in sich die Aussagen über die Beziehungen eines geschlossenen Kreises von Gegenständen. Das Nebeneinander dieser geschlossenen Gebiete, wie geschickt auch die Grenzen abgesteckt sein mögen, genügt jedoch nicht. Es eröffnen sich dem Blicke stets Beziehungen zwischen Gegenständen verschiedener Gebiete. Auch diese begehren erforscht, methodisch verarbeitet zu werden. So erhebt sich außerhalb des fachwissenschaftlichen Gebiets eine weitere Erkenntnisreihe. Hat z. B. die Biologie ihr Reich für sich allein? Führen nicht tausend Fäden zur Chemie und Physik hinüber? Andere wieder von der Physik zur Chemie und umgekehrt; fanden sich nicht zwischen Recht und Geschichte, zwischen Recht und Psychologie, zwischen Recht und Theologie die wichtigsten Beziehungen? Unendlich sind die Verzweigungen, unendlich der Verlust an Erkenntnisschätzen, wollte man, dem enzyklopädischen System der Einzelwissenschaften zu Liebe, darauf verzichten, diesen Verzweigungen nachzugehen.

Doch es heißt Ordnung bringen in das unübersehbare Gewirr der Verbindungsfäden zwischen den einzelnen Fächern. Das wird so am besten geschehen, daß man jedem Fundamentalbegriff einzeln neben dem fachmäßigen das auf ihn bezügliche außerfachliche (philosophische) Wissen zuordnet, neben jeder Einzelwissenschaft das gesamte Material von Beziehungen zu außenstehendem Fachwissen in eins faßt. Wie der Gegenbogen zum Regenbogen tritt zu jeglicher Fachwissenschaft eine philosophische Wissenschaft, Rechtsphilosophie zur Jurisprudenz, Wirtschaftsphilosophie zur politischen Ökonomie (Nationalökonomie), Naturphilosophie zur Naturwissenschaft, Geschichtsphilosophie zur Geschichte usw.

Es brauchen aber nicht, wie etwa die bei der Begründung der Notwendigkeit der Philosophie angewandte Darstellung glauben machen könnte, bloß letzte Fundamentalbegriffe zu sein, die außer der Fachwissenschaft noch eine Philosophie ausstrahlen, so haben wir innerhalb der Rechtsphilosophie die Strafrechtsphilosophie und die Staatsrechtsphilosophie u. a. m., innerhalb der Naturphilosophie die Philosophie der Lebenserscheinungen und die des Unbelebten usw. Die Philosophie gliedert sich in Einzelphilosophien gleich dem Fachwissen und parallel demselben.

(Es könnte die Frage auftauchen, ob denn überhaupt diese Wissensinhalte identisch sind mit dem, was wir vorher als Philosophie aufzeigten, als wir sie als Wissenschaft von den Fundamentalbegriffen, also vom Allgemeinen nachwiesen. Die Frage ist unbedingt zu bejahen. Denn die Verbindungsfäden zwischen den einzelnen Wissenschaften knüpfen eben an in der Sphäre des Allgemeinen. Z. B. zwischen einem domizilierten Wechsel und den Benzolderivaten lassen sich wohl kaum Beziehungen finden. Steigt aber man zum Allgemeinen auf, so findet sich historisch nachweisbar, daß z. B. für die Auffassung vom Ethischen die Auffassung von der Materie von großer Bedeutung sein kann [vgl. darüber insbes. Lange, Gesch. d. Materialismus] und so ließen sich noch unzählige Beispiele in engeren oder weiteren Grenzen konstruieren.)

Der Inhalt der philosophischen Erkenntnisreihe bestimmt sich noch deutlicher. Wenn wir die Beziehungen der Sätze einer Einzelwissenschaft zu denen anderer erkunden, bedeutet das, daß wir diese mit jenen vergleichen, wir messen die Richtigkeit der Resultate der einen an denen der anderen (während die Einzelwissenschaften in fachmäßiger Behandlung den Maßstab der Richtigkeit allein in sich tragen). Es helfen zu weiterer Gruppierung die drei Spezies des Richtigen, die wir, offenbar im Anschluß an die abstrahierten Seelenbetätigungen des Denkens, Wollens und Fühlens konstituieren, das theoretische, das ethische und das ästhetische Richtige. Danach haben gewisse Einzelwissenschaften theoretische, andere praktische Erkenntnisqualität. Messen wir nun Resultate irgendeiner Einzelwissenschaft an anderen theoretischen Einzelwissenschaften, so werden wir über die allgemeine theoretische Richtigkeit belehrt, über den Erkenntniswert jener Resultate, wir erfahren, wie sie sich zu den Forderungen der Logik verhalten; messen wir sie an Wissenschaften aus dem Gebiet der ethischen Normenwelt, so erkunden wir ihre ethische Bedeutung, und bringen wir sie endlich in Vergleich mit den Zusammenhängen, die der ästhetischen Richtigkeit, dem Schönen zustreben und messen sie an den den Geschmacksurteilen unterstehenden Einzelwissenschaften (S. 174), so ergibt sich, in welcher Weise sie sich zur ästhetischen Beurteilung verhalten. So läßt sich an jeder philosophischen Einzeldisziplin ein logischer, ein ethischer und ein ästhetischer Teil unterscheiden. Aus diesen allen aber pflegt man die übereinstimmenden, allgemeineren Resultate abzusondern, zu vereinen, und erhält so drei allgemeine Teile philosophischer Wissenschaft, die unter dem Namen der Logik, der Ethik und der Ästhetik fast wie Einzelwissenschaften besonderer Bearbeitung fähig und

bedürftig sind. Die Resultate dieser drei Wissenschaften zusammenfassend und unter einheitlichem Gesichtspunkt vereinigend steht an der Spitze der Pyramide — oder, in anderem Bilde gedacht — am Urgrund alles Wissens, als πρώτη φιλοσοφία (Aristoteles) die Metaphysik[1]). Sie schließt das Ganze

[1]) Eine Systematisierung (Enzyklopädie) der Wissenschaften, wie sie hier versucht ist, und wie unsere Zeit, gedrängt von dem Bedürfnis, das schier unübersehbar gewordene Material zu ordnen, häufiger unternimmt, denn frühere, hat keine absolute Bedeutung. Sie muß sich zunächst schon historisch ändern und entwickeln. Aber auch für eine bestimmte Epoche kann eine solche Systematisierung nicht die, sondern immer nur eine Ordnung des Ganzen bedeuten. Man muß sich bewußt bleiben, daß man es nicht mit schachtelmäßigen Trennungen, sondern mit Abstraktionen, mit „Hilfskonstruktionen" zu tun hat. (Darum werden aber diese Abgrenzungen durchaus nicht unlohnend, so wenig als die Mathematik unlohnend wird, weil ein und dasselbe Verhältnis auf sehr verschiedene Weisen ausgedrückt werden kann.)

Ein Beleg für die Möglichkeit verschiedener Standpunkte ist, daß für die Stellung der abschließenden Grundwissenschaft neben der Philosophie auch noch andere Wissenschaften kandidieren können. Das wird besonders für die Zeitalter interessant, die ihre Grundwissenschaft als „Wissenschaft überhaupt" ansehen, von der alle anderen Disziplinen, die den Namen „wissenschaftlich" verdienten, nur Unterabteilungen wären, wie solches zu Zeiten undifferenzierter Wissenschaft allgemein angegeben wird. Die Alten berichten von Völkern, denen das Studium der Heilkräfte allein als Wissenschaft gegolten, Astronomie hatte eine ähnliche Stellung bei den Kulturvölkern der Nordsemiten. Bekannt ist die dominierende Stellung der Theologie im Mittelalter, und was die Jurisprudenz betrifft, so haben die Römer mit ihrer Erhebung auf den Thron der Wissenschaften in sehr bewußter Weise Ernst gemacht. Sie hegten die Jurisprudenz als nationale Wissenschaft kaum anders als die Hellenen die Philosophie und die Juden die Theologie. Den akademischen Charakter, das Diadem der Wissenschaft, trägt für den Hellenen nur die Philosophie, für den Römer nur die Jurisprudenz. Alles andere ist Handwerk. So ist auch für den Römer von altem Schrot und Korn lange ein Philosoph nicht viel was besseres als ein Tanzmeister; und die Griechen lassen Tätigkeiten, die uns heute als advokatorische und richterliche gelten, teilweise durch Sklaven ausüben. Als nun die beiden Nationen einander kennen lernen, und man beiderseits merkt, daß man es nicht mit „Barbaren" zu tun hat, ist beiderseits ein großes Staunen, daß der andere Teil keine „Wissenschaft" hat. „Ihr Banausen, wo ist eure Philosophie?" schallt es auf der einen, „wie ist euer ius civile (ganz wie das aller anderen Völker außer dem einzigen unsern) unvollkommen und geradezu den Spott herausfordernd" (Cicero) auf der anderen Seite. Da mochte wohl der Grieche fragen: „Aber habt ihr denn gar keine Wissenschaft von den göttlichen und menschlichen Dingen, eine Lehre zugleich von dem was gerecht ist und was verwerflich?" Dann konnte der Römer antworten: „Gewiß! Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia; da wir diese pflegen, sind wir" — das mochte er mit vielsagendem Lächeln hinzufügen — „die veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes". „Gut," erwiderte wohl dann der andere, „dann habt ihr eine Wissenschaft vom Tun und Treiben der Menschen; aber die Naturvorgänge?" — „Auf die erstrecken die Normen sich auch," lag

monistisch ab. Im gewöhnlichen Sinne der Worte gibt es ja auch dualistische und pluralistische Metaphysik, wenn eben ein Metaphysiker zwei oder mehrere Fundamentalien seiner Welterklärung zugrunde legt; aber ein jeder solcher wird dann auch sagen, wie er sich das Verhältnis dieser Fundamentalien denkt, und in dieser Aussage ruht die eigentliche Basis seines Systems: so ist in dem hier gebrauchten prägnanten Sinne jede Metaphysik monistisch.

Logik, Ethik, Ästhetik werden nicht überall gleichmäßig vertreten sein. Der Naturwissenschaft (insbesondere sofern sie auf Mechanik, also auf Mathematik zurück will, und das ist grundsätzlich bei aller methodischen Naturwissenschaft der Fall) wohnt eine starke Neigung zur Logik hinüber inne, vom Ästhetischen kann bei ihr wenig, vom Ethischen so gut wie gar nicht oder beinahe erst in denjenigen Tiefen die Rede sein, wo die Metaphysik einsetzt. Bei der Jurisprudenz verfällt man zunächst auf die Ethik, als auf die Ästhetik hinweisend wäre außer Kunst- und Literaturgeschichte etwa die wissenschaftliche Architekturtechnik, Tektonik zu bezeichnen.

§ 15. System der Rechtsphilosophie (I).

1. Die Rechtsmetaphysik stellt ihre beiden Hauptfragen: Ist das Recht? (Rechts-Daseins-Problem = Rechts-Existenz-Problem, ontologisch-transzendentes oder schlechthin ontologisches Problem der Rechtsphilosophie) und: Ist das Recht (bzw. ist es ganz oder nur teilweise) erkennbar? (Transzendent-erkenntnistheoretisches Problem).

---

nun, als echtem Naturrechtler, dem römischen Juristen nah zu erwidern, „da ist das ius naturale, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam n o s ‚matrimonium' appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeri. Und", konnte er hinzufügen, „wenn es in der toten Natur geregelte Vorgänge gibt, so ist es eben auch Natur g e s e t z (lex naturae), was da waltet."

So mochte der Römer den Griechen überzeugen; gewann er doch jene kritiklose Verwechslung des immanenten Naturvorgangs mit den Normen, die auch den späteren Naturrechtsanschauungen zugrunde liegt, aus der griechischen Philosophie. Dem Juden gegenüber, der etwa ihn wegen ungenügender Theologie interpellierte, hätte er ebenfalls auf die Qualität der iurisprudentia als der humanarum atque d i v i n a r u m rerum scientia hinweisen, alsdann bemerken können, daß die Juden ja selbst ihre Wissenschaft (die Theologie) als „Lehre vom G e s e t z" bezeichneten, worauf der Schluß gegeben war: iustitiam colimus et boni et aequi scientiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes . . . cuius merito quis nos s a c e r d o t e s appellet — (Die lateinischen Zitate sind durchweg Stellen aus dem corpus iuris civilis, von Ulpian herstammend.)

Keines der beiden Probleme ist in dieser Form lösbar, sondern nur in der Beziehung des Rechts auf (anderweitige) gesicherte Realitäten und begründete Erkenntnismethoden, also in der Problemform: Was ist das Recht? (Transzendental-ontologisches oder Rechts-Wesens-Problem, Rechts-Essenz-Problem, Rechts-Substanz-Problem) und: Wie ist das Recht erkennbar? (Transzendental-erkenntnistheoretisches oder schlechthin erkenntnistheoretisches Problem der Rechtsphilosophie.) Erst nach Prüfung der vorhandenen und vorgeschlagenen Rechtserkenntnismethoden kann über den Wert, die Möglichkeit der Rechtserkenntnis ein Urteil abgegeben werden. Erst nach Musterung der gesicherten Existenzialformen (Realitätsformen) und nach Messung des Rechts an ihnen kann gesagt werden, ob das Recht selbst eine stichhaltige Existenzform (Realität) habe und sei.

Je nachdem die Welt als ein beständiger und allgemeingültiger Vollzug allgemeiner Gesetze, als Natur aufgefaßt wird, oder als individueller, einziger Ablauf einer bestimmten sinnvollen Handlung, gibt sich das (Rechts-)Essenzproblem als (rechts-)naturphilosophisches oder (rechts-)geschichtsphilosophisches.

Die Rechtsnaturphilosophie hat auch dies Buch bereits berührt, soweit es von dem zentralen Problem des Naturrechts gesprochen hat. Eine reine Rechtsnaturphilosophie hat sich erst bilden können, seitdem die Naturrechtsphilosophie abgetan ist. Jetzt erst kann rein philosophisch, ohne verwirrende Rücksicht auf juristische Fragen, bestimmt werden, inwieweit z. B. das Recht eine (notwendige oder zufällige) Abspaltung des Erscheinungskomplexes „Leben" sei, oder ob es bereits in den vor diesem Komplex belegenen Erscheinungskomplexen wurzele; an welchem Punkt unterhalb oder oberhalb der Lebensgrenze es ansetze.

Die Rechtsgeschichtsphilosophie belehrt über die Bedeutung des Rechts im Weltplan. Wenn aber das Recht an der außerhalb des Lebens belegenen, das Leben in sich schließenden Erscheinungswelt eine Wesenheit haben sollte, so würde es als Naturgesetz sich offenbaren, das also nicht in der Natur als in ihr (naturgeschichtlich) gewordene Erscheinung stünde, sondern die Erscheinungen regieren, ordnen würde. Damit ist auch die oben mehrfach berührte Frage nach der Beziehung von Rechtsgesetzen und Naturgesetzen aufgerollt. Und

wiederum, wenn die Bedeutung von etwas im Weltplan, in der Weltentwicklung aufgezeigt werden soll, wenn von irgend einem welthistorischen Phänomen gezeigt werden soll, wie sein Sieg zu fordern oder wie es wert war zugrunde zu gehen, wenn also die Weltgeschichte als Weltgericht gefaßt werden soll, so entsteht auch hier die Frage, ob nicht der Rechtsbegriff überhaupt der Geschichtsphilosophie vorausgeht insofern er sie bedingt. So daß also der Rechtsbegriff eine Geschichtsauffassung ebenso wie eine Naturauffassung und somit das gesamte Erkennen der Erscheinungen erst möglich mache.

In solchen Fragen faßt die (Rechts-) Metaphysik (rechts-) naturphilosophische und (rechts-) geschichtsphilosophische Fragestellung zusammen, eint sie auch Essenz- und Erkenntnisproblem. Denn ob etwas zur Materie der Erscheinungen gehöre oder zu den Formungen, kraft deren die Erscheinungen sich voneinander abheben oder, was dasselbe ist, erkannt werden, das ist ebensosehr Erkenntnis- wie Essenzproblem.

Wesentlich naturphilosophisch und doch zugleich geschichtlich ist die Frage, ob schon die Tiere oder erst die Menschen das Recht kennen. Gleichmäßig natur- und geschichtsphilosophisch die, ob wesentlich die wirtschaftlichen Verhältnisse das Recht machen („materialistische Geschichtsauffassung") oder der Volksgeist, ob also das Recht mehr nach Kulturstufen oder nach der Nationalität und Rasse sich unterscheide.

Wenn die Produktion und Erkenntnis des Rechts untersucht wird, und es sich ergibt, daß nicht der gute Rechtswille allein das Recht schaffen kann, sondern das verständige Rechtsdenken zu Hilfe nehmen muß, und daß es mit allem Denken nichts als toten, erbarmungslosen, ungerechten Formalismus hergibt, wenn der gute Wille nicht hinzukommt, und daß zerlegendes Denken und heischender Wille nichts fruchten, wenn nicht die Phantasie die zu richtenden Verhältnisse plastisch schaut und in künstlerischem Schaffen die Konstruktion entwirft, die die Gemüter und Geister in ihren Bann zwingt, so offenbart sich wiederum die Einheit, die die kritisch-orthosophischen Disziplinen der Rechtsphilosophie: Logik, Ethik, Ästhetik in der Metaphysik eingehen.

Soweit die wechselseitige Einwirkung der unendlich gegliederten Teile des Weltalls aufeinander als äußerlich angeschaut (als Verschiebung, Formänderung) gedacht wird, oder soweit sie andererseits als in ihnen erlitten-getätigt ge-

dacht wird, zeichnet sich ein neuer Gegensatz der Betrachtungsweisen ab, deren eine wieder naturphilosophische heißt, die andere ist die geistesphilosophische. Das zentrale Problem der Geistesphilosophie des Rechts ist die Frage nach dem Verhältnis des Rechts zu den übrigen Normengruppen, insbesondere zur Moral. Eine weitere wichtige Frage: ob das Recht nur im sozialen Leben, wie jetzt meist angenommen wird, oder auch im einzelnen als inneres Recht (wie Krause mit tiefsinnigen Gründen gelehrt hat) möglich sei.

Die Bedeutung der Logik für das Recht, von welcher jeder Laie im täglichen Leben zu reden weiß, haben wir in vielfacher Verwendung hier erkannt. Wenn man eine Wissenschaft als solche zum Gegenstand logischer Erwägungen macht, so vergegenwärtigt man sich damit ihre Methode, die Logik wird, der Wissenschaft als ihrem Gegenstande gegenübertretend, zur Methodenlehre, auch Wissenschaftslehre oder Methodologie. So ist denn auch für die Rechtslogik die geläufigere Bezeichnung Rechtswissenschaftslehre oder juristische Methodologie. Lange Zeit hat man der juristischen Methodologie bloß elementare Funktion angewiesen und sie nur in den Einführungskompendien zur Darstellung gebracht; erst neuerdings dämmert die Erkenntnis, daß hier die schwierigsten Probleme liegen, deren Diskussion auch für die allgemeine Wissenschaftslehre förderlich ist. Trügt nicht alles, so ist die Rechtswissenschaftslehre zu einer führenden Rolle in der Logik für die Zukunft berufen. Dermalen freilich ist sie noch immer stark überschattet von der Rechtsethik, die vielen allein die Rechtsphilosophie ausmacht.

Die Rechtsethik kann erst auf christlicher Grundlage selbständig entwickelt werden. Die vorchristliche Gedankenwelt enthält Rechtsethik nur im Rahmen des metaphysischen Problems, ob Moral überhaupt möglich sei. Nur durch Position des amoralischen Standpunkts kann sie das Problem aufwerfen, wie es mit dem Rechte zu halten sei, denn sie vermengt Recht und Moral völlig. Theognis, Solon, Sokrates und die Seinen verteidigen das Ideal der Gerechtigkeit gegenüber dem der Ungerechtigkeit. Den Alten dünkt das gut, was rechtlich-vernünftig ist. Das Christentum aber setzt ein Moralprinzip, das höher ist als alle Vernunft, in der Liebe. Jetzt war auf dem Boden der Moral das Rechtsproblem aufge-

worfen. Mit größter Leidenschaft hat man gelehrt, daß Christi Liebesethik durch das Gebot „Vergilt Böses mit Gutem" das Recht verwerfe. Mit größter Strenge ist man dafür eingetreten, daß durch den Satz „Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist" Christus das Recht befehle; mitunter hat wohl jemand den Gedanken ausgesprochen, daß das Recht vom Standpunkt Christi aus indifferent sei.

Das Zentralproblem der Rechtsethik ist das Strafrechtsproblem. Strafe ist Leidzufügung, die als solche, Böses, das als Böses gewollt wird. Der Verbrecher will Böses nur um seines Vorteils willen; nur indirekt; ist nicht Strafe noch schlimmer als das Verbrechen? Ist sie nicht mindestens ein „zweites Verbrechen"? Hat es Sinn, auf ein Böses (das das Verbrechen ist) noch ein weiteres Böses zu setzen? Ist wirklich noch dies Mittel nötig, während doch der Schadenersatz kraft Privatrechts, die Herstellung der Ordnung vermöge des öffentlichen Rechts den Verbrechenserfolg ausgleichen? Warum müssen wir strafen?

Tolstoi hat z. B. gelehrt, man dürfe nicht strafen: die Strafe sei die größte Sünde, der Gedanke der Notwehr die traurigste Verblendung, nie könne ein begangenes Böse ein neues Böses rechtfertigen. Nur durch absolute Zurückhaltung vom Bösen, auch und gerade wo es als Vergeltung in Betracht komme, könne das Böse erstickt und das Elend der Menschheit beseitigt werden.

Nicht rein ethische Rechtfertigungen des Rechts sind es, wenn gelehrt wird, das Recht müsse bestehen, um des „Individuums" oder der „Gesellschaft" oder, wie zum Teil bei Kant, um der Vernunft willen; hier werden Weltzwecke gesetzt, die nicht, wie das Liebesprinzip, rein moralisch sind.

Ebenso steht nur zu einem Teil auf ethischem Gebiet diejenige Verwerfung des Rechts, die da lehrt, das Recht sei überflüssig, es würde „auch so gehen"; (oder) das Recht sei doch nur die organisierte Ausbeutung, mithin der Organisationslosigkeit, dem Unrecht gleich.

Die Rechtsästhetik ist noch wenig bearbeitet: Themis Musis inimica. Menschen, die stark mit künstlerischer Phantasie begabt sind, vermögen gerade die Jurisprudenz nicht zu lieben, noch in ihr etwas zu leisten, wie sehr sie sonst auch wissenschaftlich interessiert sein mögen, und fliehen sie gerne, wenn sie sich damit beschäftigen müssen — vom Griechenvolk an über Petrarca und Milton bis zu Goethe, Uhland, Heine, Storm. Und unter den guten Juristen haben sich immer sehr wackere Kenner, aber niemals große Könner auf künstlerischem Gebiete befunden. Aber auch diese feindliche Beziehung legt doch ein bestimmtes inneres, psychologisch-erkenntnistheoretisches Verhältnis zwischen dem juristischen und dem Phantasie-

element nahe. Gleichwohl darf die Rechtsästhetik nicht geradezu zu einer Ästhetik des Häßlichen werden, denn die ästhetische Rettung des Rechts bliebe dann verloren, ja wäre in ihr Gegenteil verkehrt. Sondern um Ästhetik bescheidener Schönheit wird es sich handeln, Ästhetik der Ordnung und Würde. Das sinnlich auffällige Schöne mußte freilich aus dem Recht mehr und mehr verdrängt werden, vor allem die Musik. Ein Schönes des reinen Geistes, der verbannten Sinnlichkeit, mußte an die Stelle treten.

Die Rechtsformen treten in früheren Epochen vielfach im plastischen Gewande auf; aber selbst der Poesie hat das Recht nicht immer so meilenfern gestanden wie heut. Das Moment der Feierlichkeit (Solennität) gestaltet bei jungen Völkern Rechtshandlung und Rechtsrede poetisch. Gerichts- und Kultversammlung waren ursprünglich eins; schon durch das Religiöse wurde das Poetische ins Recht hineingetragen. Aber es wird auch der Sprache anfangs viel leichter, abstrakte Inhalte in gebundener Rede denn in begrifflich zugespitzter Prosa wiederzugeben: wie bei uns noch manche sittliche, so gingen bei unseren Voreltern die rechtlichen Normen im Gewande poetischer Sinnsprüche einher, und als Eike von Repgow das erste deutsche Rechtsbuch schafft, da kann er nur schwer von der Vorstellung los, deutsches Recht müsse in deutscher Sprache poetisch gefaßt werden (vgl. S. 79).

Den Römern und den Neueren boten die juristische Ordnung selbst, die Architektonik des Systems, die Befriedigung an eleganten Konstruktionen ein ästhetisches Gefallen dar: ist es uns doch aus der Philosophie grauer Vorzeit schon geläufig, im Schönen ein Merkmal der Unterscheidung von Kosmos und Chaos zu finden. Am Ursprung dieser Idee steht der Mythos von Amphion-Orpheus, dessen musikalische Harmonie zugleich die Steine zur architektonischen und die Lebewesen, selbst die Tiere zur sittlichen Ordnung eint, am Ausgang Herbart mit seiner Bestimmung des Rechts als ästhetisches Mißfallen am Streit, vergleichbar dem logischen Mißfallen am Widerspruch.

Dem romanischen esprit classique kann diese ästhetische Ausstrahlung des logischen Rechtszusammenhanges genügen. Der germanische fordert nähere Verbindung jedes einzelnen Rechtsinstituts mit den Werten des Gemüts. Sie sind ihm nicht so sehr Begriffe als Gestalten.

Von der äußeren Darstellung des Rechts (Rechtsausdruck) in Schrift, Rede, Gebärde, Richterkleidung, Gerichtssaalarchitektur — (dazu Sternberg im Kunstwart, November 1911) — erstreckt sich das Schöne des Rechts über die Rechtssymbolik hin zur Kunst, deren Thema das Recht ist: Gerichtssaalarchitektur, Darstellung des Rechts und seiner Wirkungen in Plastik und Malerei, endlich Rechtsdichtung. Die Rechtsnovellistik des Morgenlandes, einschließlich der Bibel, macht den Anfang; auch die Tierfabel, besonders ein Rechtsepos wie Reineke Fuchs, gehört hierher, es folgt die didaktisch-elegische Rechtsdichtung eines Theognis und Solon; Rechtsdramen wie Schillers Tell, Kleists zerbrochener Krug, Rechtsromane wie Franzos' „Kampf ums Recht", fast alle Schriften Anatole Frances (insbesondere affaire Crainquebille; Sur la pierre blanche), über allem Shakespeares „Kaufmann von Venedig" bilden die Höhe. Bei unserer der juristischen zugrunde liegenden und sie, insbesondere im Strafrecht, stark beeinflußenden Beurteilung von Handlungen läuft sehr viel Ästhetisches mit unter — denken wir z. B. an unser verschiedenes Verhalten gegenüber einem tragischen Räuber oder Mörder, und etwa einem Kuppler, Urkundenfälscher oder Meineidigen.

Die Psychologie des Rechts, in der bisher systematisch noch nichts geleistet worden ist, hat die Aufgabe, die sehr komplizierte Erscheinung des Rechtsbewußtseins zu erklären, und zwar auf dem spezifisch psychologischen und dem charakterologischen Wege.

Die spezifische Rechtspsychologie analysiert die allgemeinen Rechtsbewußtseinsvorgänge und -zustände auf ihre Zusammensetzung aus psychologischen Elementen, sie lehrt die Rechtsvorstellungen, deren Gefühlsbetonungen, den Rechtswillen und das „Rechtsgefühl", die Rechtsaffekte (etwa Rechtszorn, Rechtshoffnung, Rechtsverzweiflung, Rechtsresignation) usw. kennen. In der Untersuchung der Formen der Rechtsbegabung nähert sie sich der Pädagogik. Sie untersucht aber auch die besonderen Gestaltungen des Rechtsbewußtseins bei den menschlichen Naturtypen, also vor allem bei den Normaltypen, das sind die Geschlechter (vgl. Sternberg in Weiß-Koßmann, Mann u. Weib I, 117 ff.) und die Altersstufen, sodann bei den pathologischen Typen, den Geistes- und Nervenkranken. Auch einen massenpsychologischen Teil enthält die spezifische Rechts-

psychologie; am besten bekannt sind bisher einige pathologische Affektionen des Rechtsbewußtseins der Massenpsyche.

Die Rechtscharakterologie erörtert die Eigenart des persönlichen Rechtsbewußtseins einzelner oder besser der Kulturtypen, z. B. des Bauern, Bürgers, Handwerkers, Kaufmanns, des Militärs, des Adligen, des Fürsten, des Geistlichen, des Lehrers, des Arztes, des Technikers, und schließlich faßt sie die rechtsphilosophische Grundfrage: „Was ist das Recht?" noch einmal von der personalen Seite: „Was ist der Jurist?" Sie charakterisiert den Richter, den Advokaten. Soweit die Individualcharakterologie. Die Völkercharakterologie legt die Kontraste im Rechtsempfinden der Nationen dar, vergleicht die Volksgeister.

§ 14. Rechtsphilosophie II. — Rechtspädagogik. — Ethik des juristischen Berufs.

Neque enim id agimus, ut cito iuvenes ad munera publica veniant, sed ut digni. Leibniz. (Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae.)

Der Beruf des Juristen ist ein solcher, bei dem es die erlernbaren Fähigkeiten: gelehrtes Wissen und praktische Routine, allein nicht tun; er ist ein Beruf der Persönlichkeit, gleichwie der des Künstlers, des Lehrers, des Geistlichen und des Offiziers. Diese unterscheiden sich von allen anderen Berufen dadurch, daß es bei ihren Vertretern in hohem Grade darauf ankommt, was sie als Menschen sind, während dies z. B. bei dem Erbauer einer Dampfmaschine ziemlich gleichgültig ist.

Unter ihnen allein aber ist hinwiederum der juristische Beruf dadurch gekennzeichnet, daß die von ihm erforderten Charaktereigenschaften in hohem Maße mit der Altersreife zusammenhängen. Die Ausbildung von Rekruten, wie die Führung weniger Krieger im Gefecht kann sehr wohl von einem Jüngling wahrgenommen werden — besonders unter der Aufsicht älterer Vorgesetzter —, wofern er zu Ehr- und Vater-

landsliebe erzogen ist; auch das Lehramt und der Dienst am Wort stehen jungen Männern ernster Sinnesart nicht übel an — aber auf den Richterstuhl und an die Stellen, die sonst über Wohl und Wehe der Menschen entscheiden und leitend und zwingend ins soziale Leben eingreifen, kann man keinen ganz jungen Mann setzen. Die dem Juristen notwendigen Persönlichkeitsqualitäten finden sich in ausreichender Entwickelung bei jüngeren, auch wohlbeanlagten Leuten selten. Weltgewandtheit bei tiefem sittlichen Ernst, Humanität bei unbeugsamer Strenge im Dienste des Rechtsgedankens, endlich die höchste Freiheit des Geistes, die mit fester Disziplin deshalb so gut vereinbar ist, weil sie gerade aus ihr geboren wird — diese machen das Ideal des Juristen aus. Und deren im Vereine weiß sich doch erst das erfüllte Mannesalter annähernd zu bemächtigen. Es ist gut und recht, daß „die Welt von den Männern zwischen fünfzig und siebzig regiert wird". Auch die Wissenschaft vom Recht wie von den sozialen Dingen überhaupt erheischt Altersreife. Sache der Jugend ist Tatendrang, auch etwa Forscherdrang und Künstlertrieb, nicht ihre Sache die menschlichen und allzu menschlichen Angelegenheiten anderer Leute zu bedenken und zu schlichten. Das erklärt auch die allgemeine Unlust und Verständnislosigkeit der Anfänger.

Die Erfassung des juristischen Berufes als eines Berufs der Persönlichkeit [1]) rechtfertigt es, den häufig (zuletzt von hervorragender technischer Seite im preußischen Herrenhause) erhobenen Vorwurf, den Juristen käme die ausgezeichnete Stellung in Staat und Gesellschaft, die sie haben, nicht zu, weil sie anerkannter-

[1]) So systematisch (— verstreute Hinweise früher mehrfach, insbesondere bei Ehrlich —) dies Buch 1904. Seitdem häufig.

maßen „nichts lernten" und das leichteste Studium trieben, als unbegründet zurückzuweisen. Wie es beim Offizier wichtiger ist, daß er Entschlossenheit und Tatkraft besitze, als gelehrtes Wissen, so gehen auch beim Juristen die oben näher bezeichneten Charaktereigenschaften der bloßen Gelehrsamkeit vor. Als Persönlichkeitsberuf rangiert er mit Recht vor den bloßen Wissensberufen, wie die Technik einer ist.

Allerdings ist das deutsche System der Juristenerziehung wenig geeignet, das, was es soll, zu leisten. Von der Nichtbesoldung der Referendare soll nicht die Rede sein — obwohl der pädagogische Nutzen der z. B. in Hamburg und Baden bestehenden Referendarkommissorien klar ist —, das schlimmste ist die völlige Abschließung von jeder verantwortlichen Tätigkeit. Daß in denjenigen Lebensjahren, in denen beim Manne der Drang nach selbständiger Betätigung am stärksten ist, der Jurist nur immer zu lernen und zu gehorchen hat, während er die Genossen von Universität und Schulbank, die anderen Berufen sich gewidmet, längst im rüstigen Schaffen sieht, ist eine große Härte für ihn und wird gerade von den Besten am schwersten getragen. Es bringt ihn um schöne Blüten des Lebens und ist sittlich nicht unbedenklich. Der allzulange Vorbereitungsdienst ist nicht geeignet, die Persönlichkeit zu erwecken, sondern sie zu zerdrücken. Bismarck meinte, es müsse eine gute Rasse in Preußen wohnen, da sie bei dem herrschenden System noch ein so gutes Juristenmaterial hervorbringe, wie wir es haben.

4. Unserer Bevorzugung der Charaktereigenschaften beim Juristen liegt nichts ferner, als Unterschätzung der Wissenschaft. Wie oft hört man nicht, insbesondere auch von einseitigen Routiniers unter den Juristen selbst: „Wozu der Wissenskram? er verbildet nur den gesunden Menschenverstand. Man täte gut, das akademische Studium abzuschaffen und sich mit der praktischen Ausbildung zu begnügen." Damit werden dann gelegentlich Hinweise auf Amerika usw. verbunden, und bemerkt, die nur praktisch geschulten Juristen würden wahrscheinlich einen weit kräftigeren Zug ins Rechtsleben bringen, als jetzt unter dem Einfluß der von des Gedankens Blässe angekränkelten Studierten herrsche. Solche Argumentation

verrät subalternen, kulturlosen Standpunkt. Wir wollen gar nicht einen „Betrieb“ im Rechtsleben, wie er in der neuen Welt teilweise sich regen mag; der paßt nicht in die Gesamtheit unserer deutschen Kultur, nicht zur Sinnesart des Deutschen Volkes. Wir wollen keine „schneidigen“ oder „sympathischen“ Richter, und keine „scharfen“ und „gerissenen“ Advokaten, sondern sorgsame, weit- sowohl als tiefblickende Erwäger der Entscheidungen und Anwälte des Rechts, die etwas mehr zu sein streben als Geschäftsmänner. Wir müssen Juristen ausbilden, die zu Inauguratoren des Wissenschaftsrechts, der wissenschaftlichen Universaljurisprudenz geeignet sind.

In höherem Sinne betrieben, erweist sich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften als eminent bildend für Verstand und Charakter. Wie die sozialen Probleme erst einem reiferen Alter recht verständlich sind, so wirkt die Beschäftigung mit ihnen erziehlich bis ans Ende des Menschenlebens. In diesem Sinne will Helmholtz sogar, und mit Recht, daß, wie die Jugend an der Grammatik gebildet werde, so das juristische Studium als Bildungsmittel für ein reiferes Lebensalter benutzt werde, auch wo es nicht unmittelbar durch die praktischen Zwecke des Berufes gefordert wird. Das Studium der sozialen Probleme lehrt die Strebungen und das Wollen der Menschen verstehen und ruhigen Sinnes, gerecht und milde beurteilen, setzt reale Anschauungen an die Stelle vager Vorurteile.

Jurisprudenz ist nicht eigentlich Jugendstudium. Dem Jünglingsalter zwischen 18 und 20 Jahren ist die Anteilnahme an fremdem Schicksal, fremder Not nicht geläufig, die die Grundlage eines vertieften Interesses am Recht ausmacht. Daher dann die angebliche Trockenheit des Gegenstandes und der viel berufene Unfleiß der jungen Juristen. Die subjektiven Seeleninhalte

des Jünglings sind verhältnismäßig egoistisch und primitiv; sich in die Seele eines anderen zu versetzen wird auch dem Gemütvollsten nicht leicht. So sieht er im Recht nur zu bald nichts als Paragraphen und Akten; und hat er einmal so angefangen, so wird leicht die Verinnerlichung, die im natürlichen Gange der Seelenentwickelung kommen würde, im Keim ertötet.

In den meisten Fällen würde es der Charakterbildung, wie sie gerade der juristische Beruf verlangt, dienlicher, würde es zugleich wegen der unvergleichlich größeren Leichtigkeit, mit der die ältere Intelligenz Juristisches bewältigt, lohnender sein, das Rechtsstudium spät zu beginnen. Wie man Offizieren die diplomatische Laufbahn erschließt, so müßte man juristisch interessierten und gebildeten Ingenieuren, Ärzten, Kaufleuten, Industriellen, Lehrern, Landwirten usw. den Übergang in Verwaltungs- und Richterstellen eröffnen.

Neben und vor ihnen müßte freilich auch forthin der Jurist, der von Jugend auf die Sozial- und Verkehrswissenschaften studiert hat, zu den richterlichen (und höheren Verwaltungs-) Funktionen berufen sein. Aber zum Richteramt dürfte auch er erst in der Reife gelangen, die der durchschnittliche Assessor keineswegs hat. Der Beruf des Juristen sollte, wie in England, einfach die Advokatur sein. Der junge Jurist würde seinen Weg leichter und sicherer gehen, wenn er als Ziel seiner Studien und Ideal seines beruflichen Lebens sich den Sachwalterberuf vorsetzte.

Der Richterberuf will nicht nur sehr hohe Fähigkeiten, er verlangt auch eine große Resignation. Der Richter ist aus dem äußeren Kampf und Streben des Lebens ausgeschieden; er kann nichts erringen und um

nichts ringen als um innere Güter, um die beständige Reinigung und Vervollkommnung seines Gewissens und Wissens. Er hat keinen Gegenstand dauernd in Händen, dessen Gedeihen ihm Freude bereiten, dessen Förderung ihn spornen, beglücken kann; er kann ferner nicht auf Gelderwerb aus sein, auch nicht auf Ehren. Der Mißbilligung der Menge muß er trotzen, um ihre Billigung darf er sich nicht kümmern. Der Richter soll nicht volkstümlich sein. Wenn er untersucht und wenn er urteilt, so ist er allein das Volk und der Staat, belastet mit der ganzen Verantwortlichkeit des Staates. So groß wie diese Verantwortlichkeit ist die Leistung des weisen und gerechten Richters. Aber sie ist unsichtbar, rein ideale Leistung im Dienste der Sittlichkeit und der Wissenschaft. Selbst der Nachruhm ist drum dem Richter nie gewährleistet und wird gerade dem besten nie gerecht werden können, weil eben seine Leistung, die Leistung seiner richterlichen Selbstzucht und Selbsterziehung eine rein innerliche ist. Er darf auch in seinem Wirken von ihr nichts merken lassen, nicht wie der Dichter gerade aus diesen Kämpfen und Mühen seines Innern sichtbare Schöpfung ausrichten. Der Richter ist ein Priester, der nicht einmal predigen und opfern darf. Menschen muß er bis ins tiefste nahe treten, so tief, daß der Verbrecher auf der Anklagebank den Spruch, der ihn zu schwerer Strafe verurteilt, als eine Erlöserhandlung voll innersten Mitwissens und Mitfühlens empfinden kann, und doch darf der Richter nicht wie der Seelsorger das in seinen Worten klingen lassen und darf den Menschen nicht nahe verbleiben. Das Innewohnen der Weisheit und Gerechtigkeit in unscheinbarem Tun und Reden ist die Wesenheit des richterlichen Wirkens, Weisheit und Gerechtigkeit, die,

wo nicht verkannt, von den ihren Geschäften hingegebenen Menschen wenig geachtet wird. Die Ungerechtigkeit erfreut sich größeren Interesses. Das Zerstörende wird verflucht aber gewürdigt. Der Geist des Richters übt seine welterhaltende und schaffende Wirkung abstrakt und unerkannt wie der Geist der Gottheit.

Dem Richter kommt danach eine Weltentrücktheit zu, die einem jungen Menschen nicht greifbar werden kann noch soll. Die Aufgabe und Idee des Sachwalteramts ist diesem zugänglicher. Der boëthetische Trieb, der Wunsch, dem Bedrängten zu Hilfe zu eilen, wenn auch ohne tiefstes Verständnis der Menschen und Dinge und zunächst noch ohne große Nachhaltigkeit, ist ein Zug des wohlgebildeten jugendlichen Gemüts. Diesem Zuge folgend mag der junge Jurist die Rechtsanwaltschaft anstreben, der Rechtspraktikant und Rechtsanwalt sich tapfer und erlebensfreudig in die Händel der Welt werfen, vor dem Forum und in der Politik seinem Ehrgeiz dienen. Auch das Trachten nach reichem Geldgewinn und glänzender Lebenshaltung kann ihm nicht zur Unehre gereichen. Denn der Gewinn winkt heute dem Anwalt nur auf dem Wege über den Ruhm, mithin über die geschäftliche und wissenschaftliche Auszeichnung; die beweglichen Sporteln, die früher aus den Advokaten Deutschlands einen vor allem als habgierig verschrieenen Stand machten, sind ja in feste Gebühren umgewandelt. So ist die Advokatur, wenn auch längst im Dienstverhältnis zur Partei und auf den Geldverdienst angewiesen, doch auch heute noch in der Lage und bestimmt, der Beruf der Vornehmheit zu sein, die sich des gekränkten Rechts um seiner selbst willen annimmt.

In England und Frankreich hat man zur besseren Repräsentation dieser Vornehmheit noch jetzt den römischen Rechtsgedanken festgehalten, demzufolge der Anwalt nur im Auftrage der Partei, also gratis walte und nur im Wege des Ehrengeschenks entlohnt werde.

Die meisten werden in dem vornehmen Wirken des Anwalts und im tüchtigen Anteil am lebensvollen Getriebe der Welt ihr Genügen finden. Einzelne mögen dann in Jahren und Jahrzehnten zu der über die Vornehmheit hinaus gelegenen Weltentrücktheit des Richters vorschreiten, die dann nicht mehr Weltfremdheit sein, sondern aus der Weltkenntnis und Welterfahrung sich erheben wird, als eine schöpferische Weltruhe und Weltentsagung.

Befähigung zum Richteramt gewinnt der Jurist durch bewährte Advokatur.

Die Verwirklichung dieses rechtspädagogischen und rechtsandragogischen Prinzips liegt freilich für Deutschland noch in ferner Zukunft. Bis auf weiteres müssen Lehrer und Lernende mit einem System rechnen, das wesentlich nur auf die Abrichtung zum Bureaukraten hinzielt, wenn es auch im Rahmen des Bureaukratismus allerhand Gutes zu erreichen strebt. Wer nun unter diesen Verhältnissen dem Rechtsstudium sich widmet, hat natürlich die Pflicht, sich das Studium so interessant zu gestalten wie es nach Lage der Dinge möglich ist und die Rechtslehrer und Rechtslehreinrichtungen müssen nach Kräften dazu helfen.

Am besten wird man tun, im Lehrgang das eigentliche Rechtsstudium ein wenig zurückzuschieben und vorerst die Soziologie und die Wirtschaftswissenschaft zu studieren, die an die seelisch-geistige Entwicklung nicht so hohe Anforderungen stellen und doch sie leichter anregen und in Gang bringen. Möge niemand glauben, sich dadurch zu überlasten! Unser methodologischer Lehrsatz, daß die Einführung der Soziologie und Ökonomie in die Rechtswissenschaft diese vereinfache, hat auch pädagogische Geltung. Der Rechtskandidat, der die im (preußischen) Examen allerdings ausgeschaltete Soziologie und Ökonomie studiert hat, wird mit Genuß verstehen und können, wo der andere, der banausisch auf die Prüfung hin nur den Inhalt der Rechtskollegien und -Kompendien erlernt, die Sisyphusarbeit des

„Repetierens" leisten muß, des qualvollen stetig erneuten Auswendiglernens immer wieder rasch dem Gedächtnis zerrinnenden toten Stoffes.

Sodann sollte der angehende Jurist für die Ferien oder ein Semester Aufnahme in das Bureau eines Rechtsanwalts suchen, aber ohne alle Prätensionen, als gewöhnlicher Bureaulehrling wie der angehende Ingenieur als Schlosserlehrling beginnt. Mehr kann er nicht verlangen, denn seine Vorbildung gestattet es ihm nicht, dem Anwalt zu helfen, und Zeit darf er diesem nicht wegnehmen. Der Einblick in die technischen Grundlagen des Rechtsverkehrs und in das Rechtsleben, das in der Bureaustube des Anwalts noch deutlich genug anklingt, und doch nicht so laut, um den Anfänger zu betäuben, wird ihm das Studium unendlich erleichtern und weit darüber hinaus ihm noch helfen, im Vorbereitungsdienst zu größerer Befriedigung zu arbeiten.

Endlich soll der Wahl des Rechtsstudiums eine ernstliche Prüfung vorausgehen. Es ist wirklich nicht wahr, daß der Jurist zu allen Dingen geschickt sei! Mit demselben Recht kann man sagen, er sei zu allen verdorben. Und wer zu spät einsieht, daß er zum Juristen nicht tauge, hat seine besten Jahre schlimmer verloren als irgend ein anderer. Vor allem muß man sich gegenwärtig halten, daß Rechtswissenschaft nichts anderes ist als das Studium der sittlichen Kultur der Menschheit und sich die Frage vorlegen, ob man sich zu diesem Studium ernstlich hingezogen fühle. Man sage sich, daß aus diesem Studium die sinnliche Anschauung, die die Naturwissenschaften so wundervoll belebt, gänzlich ausscheidet. Wer Jurist werden will, muß Neigung zu Geschäften haben und Gewandtheit im Umgang mit Menschen. Wer keine Geschäftstüchtigkeit besitzt, kann nie ein tüchtiger Jurist werden. Ästhetisch-träumerische oder zur reinen Forschung geneigte Naturen müssen davonbleiben. Wer sich zum Herrschen und Führen, zum Regieren und Disponieren geeignet fühlt, wen die Verhältnisse der Menschen zueinander mehr interessieren als die Dinge, der ist der geborene Jurist. Der Musterschüler, der primus omnium, der die Stoffe und die Manipulationen der subalternen Rechtstechnik freilich bald mit ebensolcher Meisterschaft beherrschen wird wie die Phraseologie des lateinischen Aufsatzes, mag auch mitgehen, für derlei Menschenmaterial wird die Rechtspflege und der Beamtenapparat immer noch auf lange Bedarf haben.

Digitized by Google Original from

Die Grundlagen für die Frage, ob er sich zum Juristen eignen werde, muß bereits der Mittelschüler sich beschaffen. Er muß an Hochschulen einige juristische, ökonomische, soziologische Vorträge hören und sich von Juristen geeignete einführende Lektüre zuweisen lassen. Er muß das im Interesse seiner künftigen Berufswahl tun, da er aus der Schule her für die Beurteilung des juristischen Fachs ja kein Material erhält wie für die anderen gelehrten Fächer. Daß er nicht stumpf ins Rechtsstudium hineingleitet, „weil man ja nebenher alles mögliche tun kann", so viel Ehre sollte jeder der Rechtswissenschaft und sich selbst erzeigen.

Literatur. Goldschmidt, Rechtsstudium und Prüfungsordnung. — Gneist, Aphorismen zur Reform des Rechtsstudiums. — v. Liszt, Reform des Rechtsstudiums. — Mittermaier, Wie studiert man Rechtswissenschaft? — Lafon, Pour devenir avocat. — Zitelmann, Die Vorbildung der Juristen. — Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft. — Köhne, Der rechts- und staatswissensch. Unterricht auf den Technischen Hochschulen. — Sternberg, Zeitschrift für Hochschulpädagogik. Bd. II S. 9 ff., 57 ff., 167 ff.

Sternberg, Theodor
... Einführung in
die rechtswissenschaft

FL6
S8398e
1920

stor
a1093

Sternberg, Theodor 45483
Einführung in die
rechtswissenschaft

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 909 298